Beiträge

zum Recht der Vorpacht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Helmut Best
Gerichtsreferendar
Fraulautern/Saar

Marburg 1930

Buchdruckerei Jac. Heinr. Walter, Kirchberg (Hunsrück)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Marburg (Lahn)
angenommen am 2. Juli 1930.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

Meinem Vater

zum 59. Geburtstag

Literaturverzeichnis.

Bruck, Ernst, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 20, S. 33.
Brumhardt, in Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 13, S. 161.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1923. 10/11. Aufl., Bd. 1.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1922. 7. Aufl., Bd. 2 u. 1.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, 1915. 4. Aufl. Bd. II, 2.
Entscheidungen der OLG. in Bd. 13, S. 379, Bd. 17, S. 126.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 125, 123; 123, 265; 121, 137; 118, 5; 109, 162; 106, 320; 103, 349; 98, 44; 97, 284; 88, 361; 72, 385; 69, 283; 67, 42; 62, 137, 59, 133.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Recht 1924 Nr. 951; 1927 Nr. 1974 und Nr. 2205.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Seufferts Archiv, Bd. 78, Nr. 14, S. 25.
Entscheidungen des Reichsgerichts in JW. 1911 Nr. 14 S. 448; 1912 Nr. 14, S. 858.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1903, 8. Aufl., Bd. 1.
Enneccerus (Kipp-Wolff), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1923, 18–22. Aufl., Bd. 1, 2. Abschn.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1887.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 1896/97, 7. Aufl.
v. Gierke, O. Deutsches Privatrecht 1917, Band 3.
v. Gierke, O. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868.
Goldbaum in DJZ. 1908, S. 479.
Goldschmidt in Zeitschrft für Handelsrecht, Bd. 1, S. 262.
v. Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. 1915, Bd. I.
Jaeckel-Güthe's Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 1929, 6. Auflage.
Immerwahr in Jherigs Jahrb., Bd. 40, S. 279.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Recht, 1859, 2. Aufl, Bd. 3.
Kuhlenbeck in JW. 1901, S. 388; 1902 S. 353.
Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1928.
Lewandowski in Gruchots Beiträgen, Bd. 53, S. 565,
Löwenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 2. 1928
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch, 1907.
Manigk in Studien zur Erleuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 5. Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1914, 6.–7. Aufl.
Mittelstein in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 72 Nr. 4 S. 144.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. 1913, 3. Aufl.
Mommsen, Corpus Juris Civilis, 1920, 3. Ausgabe.

Mollitor in Jher. Jahrb. Bd. 73 S. 1.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe 1888, Bd. II.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. 1929, 5. Aufl. Bd. II.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzpuch nebst Einführungsgesetz. 1914, 3. Aufl. Bd. II. 1923, 4. Aufl. Bd. II, 2.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 1928. 6. Aufl. Bd. II.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts in der Festgabe an Richard Koch, 1903.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1904, 2. Aufl.

Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II: Römisches Privatrecht, 1928.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1929, 4. Aufl.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Rechts. 1928, 17. Aufl.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 1928, 9. Aufl. Bd. II.

Stier-Somlo, Das Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. 1929. Bd. VI S. 702.

Walsmann in Jher. Jahrbuch Bd 54 S. 197.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlicheu Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1923, Bd. I.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. 1914. Bd. I und II.

Gliederung.

A. Die Vorpacht ein Gebilde der Rechtspraxis
  a) Eigentliche Vorpacht
  b) Uneigentliche Vorpacht

B. I. Die historische Entwicklung des Vorpachtrechts
  a) im römischen Recht
  b) im deutschen Recht
  c) im geltenden Recht

II. Die rechtliche Erfassung des Vorpachtrechts
  a) Theorie des doppelt bedingten Vertrages
  b) Offertentheorie
  c) Vorvertragstheorie
  d) Gestaltungsrechtstheorie

III. Der Gegenstand und die Beteiligten bei der Vorpacht
  a) Der Gegenstand:
    Der Gebrauch und Fruchtgenuß an:
    aa) Sachen, 1. bewegliche, 2. unbewegliche
    bb) Rechten,
  b) Die Beteiligten
    aa) Berechtigter
    bb) Verpflichteter
    cc) Drittpächter

IV. Die Begründung des Vorpachtrechts
  a) nicht durch Gesetz sondern
  b) durch Vertrag
  c) durch einseitiges Rechtsgeschäft

V. Die Form der Vorpacht
  a) des Begründungsgeschäfts
    aa) des einseitigen Rechtsgeschäfts
    bb) des zweiseitigen Rechtsgeschäfts
  b) der Ausübungserklärung

VI. Rechtsfolgen der Vorpacht vor der Ausübung des Vorpachtrechts
  a) zwischen dem Berechtigen und dem Verpflichteten
  b) einem Dritterwerber des Pachtgegenstands gegenüber

VII. Die Ausübung des Vorpachtrechts
  a) Die Voraussetzungen
    aa) Der Pachtvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter
    bb) nicht die Mitteilung des Pachtvertragabschlusses
  b) Die Art

aa) durch Willenserklärung des Berechtigten
bb) nicht durch konludentes Handeln des Berechtigten

VIII. Die Rechtsfolgen der Ausübung des Vorpachtrechts
a) Kein Pachtvertrag zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten sondern
b) pachtgleiche Rechtsbeziehungen
c) Keine Einwirkung auf den Pachtvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter

IX. Sonderfälle der Vorpacht
a) Nebenleistungen
b) Mengepacht
c) Stundung des Pachtzinses
d) Kindspacht
e) Verpachtung im Wege der Zwangsvollstreckung

X. Erlöschensgründe des Vorpachtrechts
a) durch Ausübung
b) durch Verzicht
aa) nicht durch einseitige Erklärung, sondern
bb) durch Vertrag
c) durch Fristablauf
d) durch Verschweigung
e) durch Erreichung des Zwecks
f) durch äußere Zufälle
aa) Konfusion
bb) Tod des Berechtigten
cc) Untergang des Pachtgegenstandes

XI. Die uneigentliche Vorpacht in ihren typischen Fällen.
a) Der Vertrag zur Begründung eines Optionsrechts auf Verlängerung des Pachtvertrages zwischen dem Verpächter und dem Pächter
b) Der Vorvertrag zum Abschluss eines Pachthauptvertrages
c) Der Vertrag zur Einräumung eines Vorhandrechts
aa) als Vorzugsrecht bei gleichem Gebot dritten Interessenten gegenüber
bb) zur Begründung einer Offerierungspflicht vor Abschluss eines Pachtvertrages

C. Schlußwort.

A.

Die Vorpacht findet im bürgerlichen Gesetzbuch keine Erwähnung, geschweige denn eine Regelung. Sie ist ein Rechtsinstitut, das die Rechtspraxis in den modernen Rechtsverkehr eingeführt hat. Die Rechtswissenschaft selbst ist an ihrem Auftauchen nicht unmittelbar beteiligt. Sie beschränkte sich lediglich darauf, Einzelfälle darzulegen, in denen ein Rechtsgebilde solchen Wesens und Inhalts, wenn es einmal im rechtsgeschäftlichen Leben gebraucht werde, mit dem geltenden Recht wohl in Einklang zu bringen sei [1]). Aus dem Bestreben der Rechtspraxis, ihre Rechtsbildungen den Bedürfnissen des Geschäftslebens anzugleichen, erklären sich infolge der Verschiedenartigkeit dieser Bedürfnisse die manigfachen Formen der durch sie hervorgebrachten Rechtsgebilde. Demzufolge kennt man im Recht der Vorpacht unter dem Begriff Vorpachtverträge [2]) eine Reihe von Mischverträgen, die den unterschiedlichsten Zielen und Zwecken des engeren und weiteren Vorpachtrechts gerecht werden sollen. Aus der Reihe dieser Mischverträge lassen sich als gültige Verträge zur Begründung eines „Vorpachtrechts" mit einer gewissen eigenen Rechtsnatur vier Vertragsarten herausschälen, die das Rechtsleben unter dem gemeinsamen Namen „Vorpachtsverträge" kennt. Diese in dem Wesen wie in der Wirknng erheblich voneinander verschiedenen Vertragstypen kommen vor als „Vorpachtverträge" zwischen dem Pächter und Verpächter zur Begründung des Rechts für den Pächter, den zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrag bei Beendigung dieses Pachtverhältnisses durch einseitige Erklärung zu verlängern (sog. Option), als „Vorpachtsverträge", zwischen einem Verpächter und einem Pachtlustigen mit schon jetzt genau festgelegten Pachtbestimmungen, die dem letzteren einen Anspruch auf Abschluß eines Pachtvertrages zu diesen Bedingungen gewähren, „Vorpachtsverträge", die den Verpächter verpflichten, dem Pachtlustigen den Pachtgegenstand vor Abschluß eines neuen Pachtvertrages anzubieten, und schließlich Vorpachtverträge, die den Pachtlustigen berechtigen, bei Abschluß eines Pachtvertrages zwischen dem Verpächter und einem Dritten durch eine einseitige Willenserklärung ein Pachtverhältnis gleichen Inhalts, wie es zwischen dem Verpächter und dem Dritten besteht, zwischen sich und dem Verpächter zu begründen. Wie schon gesagt, hat es das Gesetz unterlassen, das Recht der Vorpacht einer Regelung zu unterwerfen, obgleich es

[1]) Vgl. Seckel, Die Gestaltungsrechte in der Festgabe für R. Koch S. 218; Bruck, im Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 20 S. 42.
[2]) Vgl. Soergel, BGB zu § 535 S. 690.

das Vorkaufsrecht eingehend in dem BGB berücksichtigt hat. Verfehlt wäre es, aus diesem Umstand den Schluß zu ziehen, die Vorpacht stelle eine neue, den Verfassern des BGB unbekannte Rechtsbildung dar. Vielmehr wird ein kurzer Blick auf die Geschichte der Vorpacht lehren, daß Rechtsinstitute mit zum mindesten vorpachtähnlicher Struktur und Wirkung schon früh entwickelt und bekannt waren.

B I a.

Wenn wir bisher lediglich von Vorpachtverträgen als der Begründungsform für das Vorpachtrecht sprachen, so soll das keineswegs heißen, daß dies die einzige Art wäre, ein Vorpachtrecht zur Entstehung zu bringen. So lehrt ein Blick auf das frühere Recht, daß die Art der Schaffung eines Vorpachtrechts durch vertragliche Vereinbarung damals sogar von ganz geringer Bedeutuug für den Rechtsverkehr war, und hinter dem Gesetz als Quelle des Vorpachtrechts erheblich zurückblieb. Beginnen wir mit den Betrachtungen des einschlägigen römischen Rechts. Der Römer kannte ein ius protimeseos, unter dem er grundsätzlich ein Recht auf vorzugsweise Berücksichtigung beim Abschluß eines Vertrages dritten Interessenten gegenüber verstand [1]). Dieses grundsätzlich obligatorische Recht, aus dem sich das geltende (obligatorische) Vorkaufsrecht entwickelt hat, fand seine regelmäßige Anwendung bei dem Kauf [1]). Auf dieses Rechtsgebiet blieb aber die Anwendung des ius protimeseos nicht beschränkt. So war der Emphyteuta kraft gesetzlicher Bestimmung gehalten, dem Herrn (des Pachtguts) eine beabsichtigte Veräußerung des Erbpachtrechts anzuzeigen, um diesem zu ermöglichen, im Verkaufsfalle durch Ausübung seines Vorzugsrechts [2]) die Erbpachtsache an sich zu ziehen [3]). Ferner finden wir in der lex I V G 71 unter der Ueberschrift „de locatione praediorum civilium vel fiscalium" ein fast modern anmutendes Vorpachtrecht für die veteres possessores fundorum publicorum, das die Bevorzugung dieser veteres possessores anderen Pächtern gegenüber bezwecken sollte, wenn sie deren Vertragsbedingungen übernähmen [4]). Schließlich zeigt lex 75 D. 18,1 die auch im römischen Recht vorhandene Vielgestaltigkeit des Vorpachtrechts [5]),

[1]) Vgl. Sohm, (Mitteis-Wenger), Institutionen § 58 S. 337; Stier-Somlo: H. d. R. IV, 2 S. 702; vgl. auch Koch, Recht d. Forderungen, Bd. III 242 S. 235; Staudinger II, 2, Vorbem. zu § 504 und Siber, Römisches Privatrecht S. 16, 17.

[1]) Vgl. Lex I C XI. 7, lex 16 D XLII. 5, l. 21 § 5 D XIX. 1.

[2]) nach protiman = vorziehen.

[3]) Vgl. Sohm, a. a. O.

[4]) idem A. A. Minervio Comiti sacrarum largitionum: congruit aetati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus praeferantur, si facta per alios augmenta suscipiant.

[5]) Hermogenianus libro secundo: qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat, vel si vendat, non alii sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit. Vgl. auch Goldbaum in DJZ 08 S. 479.

denn hier bedingt sich der Berechtigte (Verkäufer) aus, daß er das Land zu einem festen Entgelt pachten könne, ohne daß Pachtverhandlungen, geschweige denn der Abschluß eines Pachtvertrages mit einem Drittpächter stattgefunden haben.

B I b.

Als das römischrechtliche ius protimeseos durch die Rezeption nach Deutschland kam, traf es dort ein ihm im Wesen zwar fremdes, dem Zweck und Ziel jedoch ähnliches Rechtsgebilde an, nämlich das sog. Näherrecht. Die Wesensverschiedenheit beider Rechtsgruppen erklärt sich vornehmlich aus der unterschiedlichen Stellungnahme des Römers und des Deutschen zu ihrem Recht. Die Grundauffassung des Römers spiegelt sich treffend in dem Grundsatz wider, daß „praecepta iuris haec sunt, honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere“ [1]). Er benutzte also sein „ius“ kraft des ihm innewohnendes stark ausgeprägten Sinnes für Herrschaft dazu, um seine individuellen Rechtsverhältnisse rechtsgeschäftlich oder gesetzlich so zu regeln und zu gestalten, wie es ihm als machtvollem Individuum paßte. Seine Person war es also, für die das „ius“ geschaffen schien und der die Ausübung des ius — wenn auch in den gebotenen Grenzen — zugute kommen sollte! Der Deutsche stand seinem Recht grundsätzlich mit einer anderen Auffassung gegenüber. Ihm galt regelmäßig die einzelne Person, auf sich gestellt, im Rechtsleben wenig; sie ging unter in teils symbolischen, teils tatsächlichen Gemeinschaften vieler durch irgend eine Gemeinsamkeit Gebundener [1]). So wurde der Deutsche rechtsgeschäftlich tätig als Mitglied des Staates, der Stadt, der Berufsgemeinschaft, der Sippe, der Familie, als Nachbar usw., nicht aber als Herr eines gleichen Rechts. Das ist zu berücksichtigen bei der begrifflichen Erfassung der Einspruchs-, Einstands-, Revokations-, Retrakt-Näher-, Beispruchs- (etc.) Rechte. Der Deutsche ging von dem Standpunkt aus, daß zwar einem Dritten, mit ihm durch keine Gemeinschaft Verbundenen, das Kontrahieren über einen zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstand grundsätzlich nicht unmöglich sein solle, daß aber der in der Gemeinschaft Lebende näher an dem Gegenstand berechtigt sei als dieser Dritte und deshalb in die Lage gesetzt werden müsse, den Gegenstand sich und der Gemeinschaft zu erhalten [2]). Typische Beispiele dieser Näherrechte, wie sie sowohl auf gesetzlicher oder gewohnheitsrechtslicher Norm wie — selten — auf vertragliche Vereinbarung gründen, sehen wir z. B. in der Erb-, Mark-,

[1]) lex 10 § 1 D I, 1.
[1]) Vgl. Gierke, Rechtsgeschichte der Deutschen Genossenschaft, S. 3
[2]) Vgl. Stier-Somlo a. a. O. Handb. d. R. IV. 2. S. 702. Holtzendorff, Einzykloplädie d. Rechtswiss. I § 57 S. 149; Hübner, Grundzüge d. deutsch. Privatrecht §. 43 III S. 304; vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht III § 195 S. 506.

Nachbar-Teillosung, in dem öffentlichrechtlichen und in dem privatrechtlichen Retrakt (bei Miteigentum). Derartige Rechte waren ursprünglich mit dinglicher Wirkung ausgestattet, sanken aber später zum Teil zu obligatorischen Rechten herab [1]). Im Rechtserfolg zielten die Näherrechte grundsätzlich auf eine bevorzugte Rechtsstellung des Näherberechtigten gegenüber Dritten und waren daher wohl imstande, Dritte, vertragslustige Interessenten, zugunsten der Berechtigten von einem Vertragsschluß über einen Gegenstand (grundsätzlich Kauf etc.) auszuschließen. Näherrechte in der geschilderten Art gab es bezüglich mannigfacher Schuldrechtsformen. Daß sie auch hinsichtlich der Verpachtung von Gegenständen bekannt waren, ergibt ein Blick in einzelne deutsche Landesrechte wie in das des Fürstentums Waldeck [2]).

B I c.

Um so wunderlicher erscheint es, daß das Vorpachtrecht weder im ALR noch im BGB gesetzliche Normierung, ja überhaupt Erwähnung gefunden hat. Aus diesem Schweigen könnte man, soweit es das ALR betrifft, unter Umständen sogar auf eine grundsätzliche Unzulässigkeit eines Vorpachtrechts schließen, denn zur Zeit der Abfassung dieses Gesetzwerks galt die Auffassung, daß eine Kodifikation des Rechts von solch allumfassender Wirkung für das gesamte Rechtsleben sei, daß nunmehr alle Zweifel in der Rechtsanwendung endgültig und für alle Zeiten behoben und erlaubte Rechtstatbestände somit außerhalb dieses Gesetzes unmöglich seien [3]). Ja man ging in diesem Irrglauben so weit, die Auslegung und die wissenschaftliche Behandlung des Rechts in Theorie und Praxis als Uebel und Ursache aller Zweifel und Unklarheiten zu verbieten [4]) und dem Richter durch Einsetzung einer Gesetzes'- (Auslegungs-) Kommission die Auslegung grundsätzlicher Fragen des Gesetzes zu entziehen. Die Folgen dieser durch Justinian in das Rechtsleben eingedrungenen Ueberschätzung der Bedeutung einer Kodifikation wurden allerdings im Laufe der Zeit in ihren Uebertreibungen bald ausgemerzt, was nach außen hin durch die K. O. vom 8. 3. 1798 und dem kgl. Erlaß vom 13. 6. 1842 in Erscheinung trat, denn man hatte die Feststellung machen müssen, daß die ge-

[1]) Vgl. Hübner, § 56 I S. 391.
[2]) Vgl. Brumhardt in Ztschr. f. Deutsch. Recht Bd. 13 S. 161.
[3]) Vgl. Fischer, Lehrb. d. preuß. Privatrecht § 7 S. 25/26; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. I § 9 S. 35.
[4]) Aus der Vorrede zum Projekt des Corporis Juris Friedericiani: Und damit die privati insonderheit aber die professores keine Gelegenheit haben mögen, dieses Landrecht durch eigenmächtige Interpretation zu korrumpieren, so haben Seine Kgl. Majestät bei schwerer Strafe verboten, einen Commentarium über das ganze Landrecht oder einen Teil desselben zu schreiben, daher die professores bloß der Jugend das Systema bekannt machen und derselben die principia generalia deutlich vortragen sollen." (Fischer, S. 26).

priesene Kodifikation des ALR doch nicht allumfassend sämtliche Tatbestände regelte, die im Rechtsleben vorkamen; man ließ daher schließlich zur Abwendung evtl. Gefahren die entsprechende Anwendung von Rechtsgrundsätzen, die im gesetzten Recht ihren Ausdruck fanden, auf die nicht im Gesetz berücksichtigten Tatbestände regelmäßig zu [1].

Da das Vorkaufsrecht im ALR gesetzliche Regelung gefunden hat, fragt es sich, ob die in diesen Vorschriften zum Ausdruck gebrachten Grundsätze denen des Vorpachtsrechts gleichen. Nach der Legaldefinition [2] des ALR stellt sich das Vorkaufsrecht dar als „die Befugnis, eine von dem Eigentümer an den Dritten verkaufte Sache unter der Bedingung des geschlossenen Kaufes oder unter gewissen, im voraus bestimmten Bedingungen käuflich zu übernehmen". Ein Vergleich der in dieser Begriffsbestimmung hervortretenden Wesensmerkmale mit den der in der Einleitung aufgeführten sog. Vorpachtrechte deutet an, daß grundsätzliche Wesenszüge beiden eigen sind. Daraus läßt sich folgern, daß auch nach ALR die entprechende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den Vorkauf auf das Recht der Vorpacht und damit die Vorpacht selbst durchaus als zulässig erachtet werden muß. — Unbekannt konnte die Vorpacht zur Zeit des ALR deshalb nicht sein, weil ja die damalige Rechtslehre und -Praxis auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin stehend neben dem germanischen vorzüglich den romanischen Ursprung der einzelnen Rechtsnormen zu berücksichtigen hatte [3], und das römische Recht wie wir oben gesehen haben, das Recht der Vorpacht bereits kannte.

Wenn das Recht der Vorpacht im ALR gleichsam unbewußt unberücksichtigt blieb, so unterließen die Verfasser des BGB dessen gesetzliche Normierung anscheinend aus ganz bestimmten Gründen, die sich grundsätzlich aus dem Umschwung der Auffassungen über die Bedeutung der Kodifikation als solcher im Laufe des 19. Jahrhunderts erklären. Galt bei Schaffung des ALR der Grundsatz, das Gesetz regele selbst umfassend alle nur möglichen Rechtstatbestände, so setzte man sich zu dieser Auffassung bei Abfassung des BGB in bewußten Gegensatz, als man nunmehr davon ausging, daß es einem Gesetzgeber überhaupt nicht möglich sei, bei der Vielgestaltigkeit und Beweglichkeit des modernen Rechtsverkehrs sämtliche nur denkbaren Rechtstatbestände zu erfassen und sie sämtlich zu normieren; man verzichtete daher bewußt auf den positivistischen Anspruch der Universalität des gesetzten Rechts und begnügte sich damit, üble Folgen für den Rechtsverkehr dadurch, daß es für ein in concreto vereinbartes obligatorisches Rechtsverhältnis an einer dasselbe unmittelbar deckenden Norm im Gesetzbuch fehlt, zu bannen, indem man in Er-

[1] Vgl. Förster- Eccius, Bd. I § 13 S. 74/75.
[2] I, 20 § 568 ALR. Vgl. auch Förster-Eccius Bd. III § 189 S. 428 ff.
[3] Vgl. Förster-Eccius I § 7 S. 27.

mangelung spezieller vertraglicher oder gesetzlicher Regelung die Analogie Platz greifen läßt [1]).

Für das Unterlassen der Regelung des Rechts der Vorpacht ergibt sich hieraus, daß der Gesetzgeber eine besondere rechtliche Berücksichtigung des Vorpachtrechts nicht für nötig hielt, da man — erforderlichenfalls — mit der analogen Anwendung entsprechender gesetzlicher Vorschriften auskommen werde, zumal eine Annahme, die Normierung der Vorpacht sei einfach vergessen worden, keine Wahrscheinlichkeit haben dürfte. Das in unserm Schuldrecht verankerte Prinzip der Vertragsfreiheit erklärt des weiteren die Zulässigkeit des Vorpachtrechts als solchen in seinen sämtlichen Arten.

Durch die gesetzliche Nichtregelung sind wir heute darauf hingewiesen, den Begriff um das Wesen des Vorpachtrechts nach allgemeinem Schuldrecht oder nach Analogieschlüssen zu erfassen, zu beurteilen und in die Rechtslehre einzugliedern; das heißt also, daß, soweit das Allgemeine Schuldrecht des BGB hierin nicht ausreicht, es der entsprechenden Zugrundelegung des für ein grundzüglich ähnliches Rechtsinstitut gesetzten Rechts bedarf [1]). Hiernach scheiden sich die Verträge, die auf die Begründung eines Options- oder eines Vorzugsrechts oder unter festen Vorvertragsbedingungen auf Abschluß eines Pacht- (Erfüllungs-) Vertrages zielen, streng von dem Vertrag, der die Begründung eines Rechts für den Berechtigten (Pachtlustigen) zum Gegenstand hat, bei Abschluß eines Pachtvertrages zwischen den Verpflichteten (Verpächter) und einem Dritten (Drittpächter) durch eine entsprechende einseitige Willenserklärung ein Pachtverhälnis gleichen Inhalts zwischen sich und dem Verpflichteten zu schaffen. Erstere Verträge regeln sich nach den Allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts, der letztere findet seine rechtliche Behandlung in der analogen Anwendung der Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht (§§ 504 ff); und in Anlehnung hieran pflegt man erstere Fälle als „uneigentliche" und den letzteren Fall als „eigentliche" Vorpacht zu bezeichnen [1]).

Dieser eigentlichen Vorpacht soll die vorliegende Arbeit in erster Linie gelten, denn nur ihre Erfassung und Eingliederung in die Rechtslehre ist vorpachtrechtlich von Bedeutung [2]), was von den Fällen der

[1]) Mot. II S. 2.

[1]) Vgl. Mot. II S. 348; Bruck, im Arch. f. B. R. Bd. 20 S. 35/36; Goldbaum a. a. O. Löwenwarter, Lehrkomm. III S. 111; Endemann I § 167 Anm. 25 S. 1044.

[1]) Vgl. hierzu u. a. Mittelstein, Die Miete nach dem Recht d. Deutsch. Reiches § 20, 4 S. 116; Warn. I zu § 535 I S. 876/77; Löwenwarter aaO. zu § 535 S. 131.

[2]) Vgl. hier auch die einseitige Auffassung der Entsch. in Recht 1925 Nr. 646 u. Löwenwarter III, 2 zu § 135 S. 150.

uneigentlichen Vorpacht nicht gesagt werden kann, da sie sich grundsätzlich als nach allgemeinem Schuldrecht zu behandelnde Verträge ohne ausgesprochenen vorpachtrechtlichen Charakter darstellen.

II.

Das vorgenannte (eigentliche) Vorpachtrecht wurde dem Vorkaufsrecht nachgebildet. Hieraus erklärt sich die Wesensgleichheit beider Rechtsinstitute. Da das Vorpachtrecht mangels gesetzlicher Berücksichtigung und näheren wissenschaftlichen Bearbeitung eine eigene Lehre bisher nicht entwickelt hat, gilt es nun im folgenden vornehmlich aus dem Gesetz und Schrifttum über das obligatorische Vorkaufsrecht, Begriff und Wesen des Vorpachtrechts zu gewinnen und die gemachten Feststellungen in die Rechtslehre einzuordnen [3]). Auch hier müssen wir davon ausgehen, daß der Gesetzgeber mit Vorbedacht unterlassen hat, für das Vorkaufrecht eine Legaldefinition zu geben, um zu vermeiden, daß bei der fortlaufenden Wandlung der Auffassungen über Begriff und Inhalt der Rechte im Laufe der Zeit sich eine genaue gesetzliche Begriffsbestimmung als zu wenig geschmeidig mit dem Rechtsbewußtsein in Widerspruch setzt und rechtshemmend wirkt. Es war daher nach Erscheinen des BGB Aufgabe der Rechtswissenschaft, ihrerseits den Begriff des Vorkaufsrechts aus dem gesetzten Recht festzustellen und mit den Lehrbegriffen in Einklang zu bringen [1]). Dem rechtlich schwierig zu erfassenden Wesen des Vorkaufsrechts entsprechend hat man die mannigfaltigsten Lösungen versucht, um dieses Ziel zu erreichen. Soweit diese heute noch von Bedeutung erscheinen, werden sie nunmehr im einzelnen erörtert. Gemäß §§ 504, 505 hat das Vorkaufrecht den Inhalt, durch einseitige dem Verpflichteten gegenüber abzugebende formlose Erklärung, sobald der Verpflichtete hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes mit einem Drittkäufer einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, einen Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den gleichen Bedingungen zustande zu bringen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Zwei Tatbestandsmerkmale zeichnen hiernach das Vorkaufsrecht insonderheit aus, einmal der abgeschlossene Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer, und zum andern die einseitige Erklärung des Berechtigten an den Verpflichteten, die einen Kauf herbeizuführen imstande ist. Und diese Willenserklärung, die einen Kauf zustande bringen kann lediglich durch die einseitige Kundgabe, ist es, die der rechtlichen Erfassung des Vorkaufsrechts die größten Schwierigkeiten machte; denn kraft dieser vorkaufsrechtlichen Ausübungserklärung

---

[3]) Bezüglich der Ausführungen über das Wesen des Vorkaufrechts vgl. die vorzüglichen Untersuchungen von Lewandowski in Gruch. Beitr. 53 S. 570.

[1]) Vgl. Mot. II S. 346/47.

[2]) Vgl. komm. d. RGR II zu § 504, 1 S. 113.

schien dem vertragsrechtlichen Grundsatz, nach dem ein Vertrag durch „duorum vel plurium in idem placitum consensus“ [1]) zustande kommt Hohn zu sprechen. Zur Erfassung dieses „vertragwidrigen“ Instituts schaffte man Theorien, die die Wirkung des Vorkaufrechts im Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten alle — mit einer Ausnahme — durch die Konstruktion eines Vertrages zwischen den beiden zu erklären suchten. Für das heutige Recht dürften lediglich noch vier Grundauffassungen von rechtlicher Bedeutung sein, die sich in der sog. Theorie des doppelt bedingten Vertrages, in der sog. Offertentheorie, in der sog. Vorvertragstheorie und in der sog. Gestaltungsrechtstheorie widerspiegeln. Beginnen wir die Betrachtung mit der Erörterung der herrschenden Meinung! Sie stellt sich, zumeist von der Rechtspraxis vertreten, in der Theorie des doppelt bedingten Vertrages dar und deutet den Vorkauf als einen doppelt aufschiebend bedingten Kaufvertrag, und zwar einmal bedingt durch den Abschluß des Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer und zum andern durch die Abgabe der auf freier Willensentschließung beruhenden Erklärung des Berechtigten, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe. Diese Theorie ist allerdings in der Lage, in ungekünstelt-klarer Weise zu erklären, wie es möglich ist, daß durch eine einseitige Willenserklärung ein Kauf zustande kommt; sie wird aber dem Wesen des Vorkaufrechts an sich dabei wenig gerecht: ein bedingter Kaufvertrag ist ein perfekter Vertrag, bei dem die Parteien sofort in ein Schuld- und Gläubigerverhältnis zueinander treten. Zwar sind die Rechtsfolgen des aufschiebend bedingten Vertrages noch in der Schwebe und abhängig vom Eintritt der sie bedingenden ungewissen zukünftigen Ereignisse. Wenn die gewollten Wirkungen aber auch erst eintreten werden — , so ist es doch verfehlt zu glauben, bis zu diesem Zeitpunkt seien noch gar keine vorhanden. Vielmehr entstehen schon in der Gegenwart Rechtswirkungen, die freilich von den bei Eintritt der Bedingungen entstehenden und bezweckten Rechten und Pflichten wesentlich verschieden sind. Die Wirkungen, die ein aufschiebend bedingter Vertrag äußert, bestehen in erster Linie aus der rechtlichen Gebundenheit der Parteien, die grundsätzlich genau so stark ist wie bei einem unbedingten Vertrage [1]): sie schafft Anwartschaftsrechte für den bedingt Berechtigten und Anwartschaftspflichten für den bedingt Verpflichteten, die mit dem Eintritt der Bedingung (en) zu Ansprüchen [2]) und Verpflichtungen reifen. Der bedingt Verpflichtete ist also schon jetzt Schuldner aus dem Vertrag und darf die Lage des Gläubigers für den Fall des Eintritts der Bedingung nicht schuldhaft erschweren oder vereiteln [3]). Der Gläubiger hingegen

[1]) so der noch heute erhebliche Satz aus lex 1 § 2 D II, 14.
[1]) Enneccerus I, 1 § 185 I S. 512 ff. RG 69 S. 421 u. RG in JW 1910 Nr 3 S. 747.
[2]) § 194. [3]) 160 I.

kann regelmäßig sein Anwartschaftsrecht übertragen oder vererben oder u. U. durch Klage auf künftige Leistung verfolgen [1]). Diese Rechtslage entspricht aber nicht einer durch einen Vorkaufsvertrag geschaffenen. Der Vorkaufsverpflichtete ist durch den Vorkaufvertrag als solchen grundsätzlich nicht gebunden, auch fernerhin über den betreffenden Kaufgegenstand nach Belieben zu verfügen: er darf ihn vertauschen, seinen Erben verkaufen oder verschenken etc. und dadurch das Vorkaufrecht unmöglich machen, ohne daß ihn der Berechtigte dafür nach § 162 haftbar machen kann. Dieser Schadensanspruch steht dem Berechtigten auch nicht zu, wenn der Verpflichtete die Kaufsache schuldhaft beeinträchtigt oder den Vorkauffall absichtlich erst später durch den Verkauf an den Drittkäufer zur Entstehung bringt [1]). Eine gewisse Bindung knüpft den Verpflichteten lediglich in dem Fall an den Berechtigten, daß dieser bei Abschluß eines Kaufvertrages über die Vorkaufsache mit dem Drittkäufer gemäß §§ 504, 505 in diesen Kaufvertrag eintreten kann.

Des weiteren stimmt das Vorkaufrecht in seinem Wesen mit dem des Anwartschaftrechts aus einem aufhebend bedingten Kaufvertrag nicht überein, da das Vorkaufrecht ein höchst persönliches Recht ist, das also im Gegensatz zum Anwartschaftsrecht ebenso unvererblich wie unübertragbar ist [2]). Solche essentiellen Wesensmerkmale lassen sich aber nicht mit Achselzucken als Ausnahmen eines Anwartschaftrechts bezw. eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages abtun; sie sind vielmehr echte Eigenschaften des Vorkaufrechts. Da ihrer die Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrags nicht gerecht werden kann, ist sie falsch. Abschließend sei also festgestellt, daß das Vorkaufrecht kein Anwartschaftsrecht aus einem bedingten Kaufvertrag und der Vorkaufbegründungsvertrag somit keinen doppelt bedingten Kaufvertrag darstellt.

II b.

Die Offertentheorie sucht die Rechtsmacht der einseitigen Willenserklärung des Berechtigten auf Ausübung des Vorkaufrechts dadurch zu erklären, daß sie diese Ausübungserklärung des Berechtigten mit dem Vorkaufrechtsbegründungsvertrag zusammenfaßt; nach ihr erzeugt der Begründungsvertrag einen Kontrahierungszwang auf Abschluß des Vorkaufs, während die Erklärung des Berechtigten sodann die Annahme der in dem Vorkaufvertrag enthaltenen Offerte bildet [1]). Die Bedenken, die der Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrages ent-

[1]) z. B. § 259 ZPO.

[1]) was jedoch nicht hindert, den Verpflichteten u. U. aus § 826 auf Grund seines „illoyalen Verhaltens" für den Schaden verantwortlich zu machen.

[2]) Vgl. § 514.

[1]) Endemann I § 167 S. 1044 Anm. 25.

gegenstehen, werden hier sogar in verstärktem Maße laut. Denn durch die Annahme eines Kontrahierungszwanges ist ein an Gebundenheit der Parteien noch jenen übertreffender Rechtszustand vorauszusetzen, der, wie oben ausgeführt, dem Wesen des Vorkaufs zuwider ist. Die Offertentheorie entspricht aber auch insofern nicht den an sie gestellten Anforderungen, als sie der Natur der Offerte als solcher nicht gerecht wird, denn die im römischen Recht überhaupt unbekannte, im modernen Recht mit Rücksicht auf die Sicherheit des rechtlichen Verkehrs vorsichtig [1]) zugelassene Art der einseitigen Gebundenheit des Anbietenden an seine Offerte soll hiernach u. U. für ein ganzes Lebensalter, ja evtl. auf die Erben des Verpflichteten ausgedehnt werden! [2]) Wir sehen, daß auch die Offertentheorie die Rechtswirkungen des Vorkaufsrecht nicht zuerfassen vermag, weshalb auch sie zur Erklärung des vorkaufsrechtlichen Wesens ausscheiden muß.

II c.

Im Anschluß an das gemeine Recht faßte Dernburg [3]) den Vorkaufrechtsbegründungsvertrag als Vorvertrag, die Erklärung des Berechtigten als Antrag zum Abschluß des Erfüllungs- (Kauf-) Vertrags auf und fingierte die Annahme dieses Angebots durch den Verpflichteten nach Analogie zu § 894 ZPO [4]). Diese Vorvertragstheorie wird im Rechtsleben einmütig abgelehnt. Und zwar zu Recht; denn durch die Inanspruchnahme einer Fiktion der zum Abschluß eines Kaufvertrages erforderlichen Annahme gibt diese Auffassung zu, daß die Annahme dieses Angebots und somit ein Vertrag durch die Ausübung des Vorkaufrechts nicht zustande kam. Des weiteren sind gegen sie die gleichen Einwände zu erheben wie gegen die vorbesprochenen Rechtsauffassungen, nämlich daß auch sie eine dem Vorkaufbegründungsvertrage nicht eigene Gebundenheit der Parteien voraussetzt, zumal der Vorvertrag sogar einen Anspruch auf Abschluß eines Erfüllungsvertrages gemäß § 194 begründet [5]), dem aber das Vorkaufrecht als Recht aus dem Vorkaufbegründungsvertrag aus den erwähnten Gründen in keiner Weise gleicht.

Wir sahen, daß die vorgenannten Theorien sämtlich darauf ausgingen, das konstitutive Element des Vorkaufsrechts durch die Konstruktion eines Vertrages zu erklären, und wir mußten feststellen, daß keine dieser Rechtslehren ihr Ziel erreichte. Die Dernburgsche Vorvertragstheorie gibt dieses Ergebnis durch die Fiktion der Vertragsannahme ja auch offen zu. Und schließlich scheint der Gesetzgeber selbst darauf hinzudeuten, daß auch er diesen Theorien ablehnend

[1]) Vgl. § 147.
[2]) Oertmann II Vorbem. 3c zu § 504 S. 493, Lewandowski S. 579.
[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht II § 196, Note V. S. 123.
[4]) Vgl. aber auch Dernburg, a. a. O., Anm. 20.
[5]) Endemann I, § 106, Note 2 und a. a. O.

gegenübersteht, da er gemäß § 505 II mit der Ausübung des Vorkaufsrechts den Kauf zustandekommen läßt, während das Gesetz bei der übrigen Normierung des Kaufrechts regelmäßig den Ausdruck „Kaufvertrag" gebraucht, [1a]) spricht es hier vom „Kauf", ohne „Vertrag" hinzuzusetzen [2]). Auch aus diesem Umstand darf im Wege über die mutmaßliche ratio des § 505 II geschlossen werden, daß durch die Ausübung des Vorkaufrechts kein Vertrag zur Entstehung gelangt und somit alle Theorien, die derartiges lehren, verfehlt sind.

II d.

Die Gestaltungsrechtstheorie verfällt als einzige nicht dem Fehler, die Folgen des Vorkaufrechts vertraglich erklären zu wollen. Nach ihr ist der Vorkaufrechtsbegründungsvertrag ein Vertrag zur Schaffung eines Gestaltungsrechts und somit das Vorkaufrecht selbst als Produkt dieses Vertrages ein Gestaltungsrecht [1]). Die Lehre vom Gestaltungsrecht hat Seckel herausgearbeitet, nachdem schon Zitelmann [2]) die Existenz von „Rechten des rechtlichen Könnens" dargetan hatte. Unter einem Gestaltungsrecht versteht Seckel [3]) ein subjektives (konkretes) Privatrecht, dessen Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft ist. Dieses regelmäßig unveräußerliche und unvererbliche, persönliche Recht [4]) entsteht erst bei Vorliegen (Eintritt) gewisser Umstände. Es unterscheidet sich also infolge seiner Wesensart hauptsächlich in zwei Punkten von dem Typusaller übrigen Rechte, einmal indem es lediglich eine Berechtigung darstellt, der eine unmittelbare gegenwärtige Verpflichtung eines Verpflichteten nicht gegenübersteht, die aber bei Vorliegen gewisser Tatumstände dem Berechtigten die Rechtsmacht schafft, rechtliche Wirkungen mit verpflichtender Kraft für andere zu begründen, und zum andern dadurch, daß diese Rechtsfolgen durch die einseitige Erklärung des Berechtigten hervorgerufen werden. Während allen obligatorischen Rechten Berechtigter Pflichten Verpflichteter entsprechen und die Parteien in gegenseitiger Anhängigkeit voneinander stehen, ist dem Gestaltungsberechtigten niemand verpflichtet; sein Recht ist bestenfalls die Vorstufe zu einem solchen Recht, denn es birgt die Rechtsmacht, unter gegebenen Umständen erst die Ansprüche zu begründen; treten diese angedeuteten Umstände aber nicht

[1a]) Vgl. §§ 433 ff.
[2]) Vgl. auch Warn. 1 zu § 505 S. 835, JW 1911, S. 448, Nr. 14.
[1]) Oertmann zu § 535, N. 7, S. 740; Endemann § 167, Anm. 25, S. 1044; Planck zu § 503, Note 3, S. 764; v. Gierke III § 195, S. 506 ff.; v. Staudinger II 2 I, 5 S. 274; Seckel, Anm. 2, S. 207; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse VII, 5 S. 42; vgl. Mittelstein § 20 S. 115.
[2]) Vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht I S. 48, II S. 32 ff.
[3]) s. S. 210,
[4]) Vgl. Seckel, S. 220.

ein, dann kann von einem Gestaltungsrecht überhaupt noch nicht gesprochen werden [1]). Diese Eigenschaften und Rechtsfolgen des Gestaltungsrechts sind in vollem Maße dem Vorkaufrecht eigen. Auch es ist — wie an anderer Stelle schon gesagt — ein grundsätzlich unübertragbares höchstpersönliches Recht, das bei Eintritt eines gewissen Umstandes (Abschluß des Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer) dem Berechtigten das Recht gewährt, durch eine einseitige Erklärung Ansprüche und Verpflichtungen gemäß § 505 II zu begründen. Das Vorkaufsrecht reiht sich also seiner Natur nach in die Gruppe der Gestaltungsrechte ein. Unsere Untersuchungen lassen sich daher mit der Feststellung beschließen, daß sich das Vorkaufrecht rechtlich als ein Gestaltungsrecht und der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag somit als Vertrag zur Begründung eines Gestaltungsrechtes darstellen.

Das Vorkaufsrecht ist also das Recht, durch eine einseitige Erklärung nach Abschluß eines Kaufvertrages ein Kaufverhältnis mit gleichem Inhalt zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zu schaffen. In seiner Rechtsnatur dem Vorpachtrecht als dem Recht, durch eine einseitige Erklärung des Berechtigten nach Abschluß eines Pachtvertrages ein Pachtverhältnis mit gleichem Inhalt zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zu begründen, völlig gleicht, weshalb — wie schon einführend gesagt — die Untersuchungsergebnisse über Begriff und Wesen des Vorkaufrechts auf das Vorpachtrecht entsprechend ausgedehnt werden können. Das heißt also für uns, daß auch das Vorkaufsrecht rechtlich ebenfalls als Gestaltungsrecht und der es begründende Vertrag ebenfalls als Vertrag zur Schaffung eines Gestaltungsrechts aufgefaßt werden müssen.

III a.

Durch die Ausübung des Vorpachtrechts kommt eine Pacht zustande [1]); Gegenstand der Vorpacht ist also die Schaffung einer Pacht und somit die Pacht selbst. Die Vorpacht ist daher möglich sowohl an beweglichen und unbeweglichen Sachen wie an Rechten, und sie umfaßt nicht nur deren Gebrauch, sondern gewährt auch unter Berücksichtigung der salva rerum substantia deren Fruchtgenuß [2]). Die Art der pachtrechtlichen Nutzung wird grundsätzlich durch die entsprechenden Vorschriften des Mietrechts [3]) geregelt [4]); weshalb diese Gesetzbestimmungen auch für das Recht der Vorpacht von großer Bedeutung sind.

[1] Vgl. hierzu Lewandowski S. 588.
[1]) Vgl. § 505 II. — [2]) Vgl. § 581 I.
[3]) §§ 535 ff. — [4]) § 581 II.

III b.

Das Vorpachtrecht ist ein Gestaltungsrecht; diese Folgerung setzt einen sog. Gestaltungsberechtigten und einen sog. Gestaltungsverpflichteten voraus [5]). Der Verpflichtete stellt sich regelmäßig als (Verfügungsberechtigter) Inhaber des Pachtgegenstandes und Besteller der Vorpacht dar, es sei denn, daß der Verpflichtete den Besteller beerbt hat [1]). Vorpachtverpflichtet können sowohl sein eine oder mehrere natürliche Personen oder eine juristische Person, ja sogar Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit wie z. B. die OHG [2]).

Für die Person des Berechtigten gilt das Entsprechende: allerdings mit dem Unterschied, daß sein Recht als Gestaltungsrecht regelmäßig unvererblich ist und somit keinem Wechsel in der Person unterliegt. Sind mehrere Personen gemeinschaftlich vorpachtberechtigt, so ist die Ausübung ihrer Rechte grundsätzlich nur im ganzen zulässig [3]).

Der Drittpächter kann — streng genommen — als ein an der Vorpacht Beteiligter nicht bezeichnet werden, da er durch seine rechtsgeschäftliche Tätigkeit mit der Vorpacht selbst in nähere Beziehungen nicht getreten ist. Weil er aber durch den mit dem Verpflichteten geschlossenen Pachtvertrag das Vorpachtrecht des Berechtigten auslöst, sei er an dieser Stelle gleichfalls berücksichtigt. Seine rechtliche Stellung macht in diesem Zusammenhang keine Schwierigkeit, denn Drittpächter kann sowohl jeder sein, der sich rechtsgeschäftlich verpflichten kann, als auch darf dieser die erworbenen Pachtrechte als reine Ansprüche nach § 194 behandeln und verwerten, wie er es für richtig hält. Zu dem Pachtgegenstand selbst steht der Drittpächter im selben Rechtsverhältnis wie der Vorpachtberechtigte nach Ausübung seines Vorpachtsrechts, denn beide sind sie durch ein obligatorisches Rechtsverhältnis zur Nutzung des Vorpachtgegenstandes dem Verpflichteten gegenüber berechtigt, der seinerseits wählen kann, wem von beiden er den Pachtgegenstand geben will, aber Gefahr läuft, bei Bevorzugung des einen von dem andern für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich gemacht zu werden, was er allerdings durch die Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung oder eines Rücktrittsrechts bei Ausübung des Vorpachtrechts dem Drittpächter gegenüber vermeiden kann.

[5]) Diese Rechtsbeziehungen sind — wie schon gesagt — streng zu scheiden von denen „Berechtigter" und „Verpflichteter" zueinander.

[1]) § 1922.

[2]) Vgl. hierzu Cosack, Lehrb. d. Handelsr. I S. 464 ff. S. 471.

[3]) Vgl. § 513.

IV.

Als Entstehungsgründe für das Vorpachtrecht kommen in Frage das Gesetz und das Rechtsgeschäft. Gesetzliche Vorpachtrechte die im alten Recht fast ausschließlich von Bedeutung waren, gibt es heute nicht mehr. Selbst in der modernen Siedlungsgesetzgebung sucht man das Vorpachtrecht vergebens [1]). Das gesetzliche Vorpachtrecht hat dem rechtsgeschäftlichen Platz gemacht. Bei diesem ist zu unterscheiden die Begründung durch einseitiges oder zweiseitiges Verpflichtungsgeschäft. Die im Rechtsverkehr maßgebliche Bedeutung kommt dem vertraglich begründeten Vorpachtrecht zu. Möglich ist aber auch die Bestellung eines Vorpachtrechts durch einseitiges Rechtsgeschäft wie durch Vermächtnis [1]) oder Auslobung [2]).

V.

Wird eine Vorpacht durch ein Rechtsgeschäft begründet, so fragt es sich, ob sie wie der Vorkauf unter gewissen Umständen einem Formzwang unterliegt. Bei der Erörterung dieser Frage ist wiederum von der eigenartigen Folge auszugehen, daß durch die Ausübung des Vorpachtrechts die Pacht zustande kommt, und daß nach der Bestimmung des § 566 ein Pacht- (Miet-) Vertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form bedarf. Als nicht der Schriftform bedürftig, also als formlos gültig, scheidet demnach von vornherein die Vorpacht bezüglich beweglicher Sachen und Rechte grundsätzlich bei der folgenden Untersuchung aus. Hier handelt es sich also jetzt nur darum, ob der Vorpachtrechtsbestellungsvertrag oder die Ausübungserklärung wegen der beiden innewohnenden konstitutiven Kraft bei einer Vorpacht an Grundstücken gemäß § 566 dem Formzwang unterliegen. Greifen wir zur Klärung der Sachlage auf die Frage der Formbedürftigkeit des Vorkaufs zurück, so erweist sich, daß die h. M. den Formzwang für den Vorkaufrechtsbegründungsvertrag bejaht, da sie in ihm einen doppelt bedingten Kaufvertrag über ein Grundstück sieht, der der

[1]) Die Schaffung von Vorkaufrechten mit absoluter Wirkung für die Siedlungsgesellschaften kommen den verfolgten Zielen dieser Gesetzgebung eher entgegen. §§ 4 ff des Reichssiedlungsgesetzes vom 11. Aug. 1919.

[1]) § 1939. Hier ergibt sich die Eigenart, daß die Gestaltungsrechtstheorie zu versagen scheint, denn durch ein Vermächtnis erlangt der Vermächtnisnehmer einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben (§ 2147), nicht aber ein Gestaltungsrecht. Diese Rechtsfolge erklärt sich aber aus einem Versehen des Gesetzgebers, der die damals recht unbekannten Gestaltungsrechte bei diesen Vorschriften einfach übersehen hat. Vgl. Seckel, S. 217 18, 205, 235.

[2]) § 657. Hierzu gilt das Entsprechende wie Anm. 1. Nach h. M. ist die Auslobung ein einseitiges Verpflichtungsgeschäft (Pollizitationstheorie) und keine Vertragsofferte (Vertragstheorie). Vgl. hierzu näher Komm. d. RGR Vorbem. zu § 657 ff.

Form des § 313 unterliegt [1]). Die Gestaltungsrechtstheorie widersetzt sich einem solchen Ergebnis, da nach ihrer Ansicht der Vorkaufrechtsbegründungsvertrag lediglich ein Gestaltungsrecht, aber keine — auch nicht bedingte — Verpflichtung schafft, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, und verneint daher das Erfordernis eines Formzwanges aus § 313 [2]). Beide Auffassungen sind konsequent durchgeführt. Die auf der Theorie des doppelt bedingten Vertrages basierende Ansicht kann aber wegen der falschen Grundlagen nicht befriedigen; jedoch auch die nach der Gestaltungsrechtstheorie gezogenen Rechtsfolgerungen scheinen uns, obwohl wir uns eingangs dieser Theorie angeschlossen haben, dem Wesen und Zweck des Vorkaufrechtsbestellungsvertrages nicht gerecht zu werden. Vielmehr halten wir es mit Rücksicht auf die durch Zulassung der formlosen Bestellung von Vorkaufsrechten leicht gegebene Möglichkeit, die Formerfordernis für einen Grundstückskaufvertrag überhaupt zu umgehen, für erforderlich, auch den Vertrag, durch den ein Vorkaufrecht bestellt wird, an die Form des § 313 zu binden. Hierbei gehen wir von denselben Gründen aus, die Vorverträge unter die Form dieser Erfüllungsverträge zwingen [1]), ohne daß das Gesetz für sie selbst einen Formzwang vorschreibt. Wir kommen also zum gleichen Ergebnis wie die h. M., ohne jedoch deren Beweisgründe zu billigen, und stellen fest, daß ein Vertrag zur Begründung eines Vorkaufrechts bezüglich eines Grundstücks der Form des § 313 bedarf.

Nahe liegt nun, hieraus zu entnehmen, daß der Vorpachtbegründungsvertrag ebenfalls einem entsprechenden Formzwang unterliegt, wenn er bezüglich einer Grundstückspacht für länger als ein Jahr geschlossen ist. Hier ist jedoch der große Unterschied zwischen dem § 313 einerseits und dem § 566 andererseits sowohl in der gesetzlichen ratio als in den rechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Die Formvorschrift des § 313 soll einen Schutz gegen die leichtfertige Eingehung eines Grundstücksveräußerungsvertrags gewähren sowie eine zweifelsfreie und vollständige Feststellung der Parteivereinbarungen verbürgen [1]), während die Vorschrift des § 566 nach den Protokollen [2]) zum Bürgerlichen Gesetzbuch von der zweiten Kommission aufgenommen wurde, um dem infolge des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" in den Mietvertrag eintretenden Grundstückserwerber die Möglichkeit zu verschaffen, sich über den Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Verpflichtungen mit Zu-

[1]) Vgl. Komm. RGR zu § 504 Note 1 S. 113; RG 72 S. 385; Recht 1927 Nr. 1974.

[2]) Vgl. Lewandowski S. 616 ff.

[1]) Vgl. Cosack, Lehrb. d. B. R. I § 131, II S. 331. RG 66 S. 120, 53 S. 239, S. 260; Warn. I zu § 125 V S. 202.

[1]) Vgl. Wärh. zu § 313 I S. 542/43.

[2]) Prot. II S. 147 ff, 178, Vgl. auch Bruck in Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 20 S. 39.

verlässigkeit zu unterrichten. Ein Verstoß gegen den Formzwang des § 313 macht den Grundstücksveräußerungsvertrag nichtig, während ein der Form des § 566 ermangelnder Miet- (Pacht-) Vertrag seine Wirksamkeit behält und lediglich kraft gesetzlicher Fiktion als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Gegen die Zulassung eines Grundstücksvorpachtvertrages frei vom Zwange des § 566 spräche also lediglich das eine Bedenken, daß ein späterer Pachtgegenstandserwerber infolge der Formlosigkeit nicht imstande sein könnte, sich über den Umfang und den Inhalt des Vorpachtrechts zu unterrichten, da der Verstoß selbst gegen die Formvorschrift des § 566 ja nicht die Nichtigkeit des Vertrages sondern lediglich die erwähnte gesetzliche Fiktion zur Folge hat. Für den späteren Erwerber des Pachtgegenstandes ist aber die Kenntnis des Inhalts des Vorpachtbegründungsvertrages nicht von Wichtigkeit, weil er gegen ihn als Dritten — wie wir noch des näheren sehen werden — keine Wirkungen äußert. Da also der § 566 rechtlich keine Schutzvorschrift sondern gleichsam eine Ordnungsvorschrift darstellt, deren Einhaltung hier durch einen besonderen Grund nicht geboten wird, besteht kein Grund, den Vorpachtbestellungsvertrag an seinen Formzwang zu binden. Die Gestaltungsrechtstheorie gelangt zum gleichen Schluß, denn nach ihr ist das Vorpachtrecht ein Gestaltungsrecht und der Begründungsvertrag eben ein Vertrag zur Bestellung eines Gestaltungsrechts. Ein Vertrag mit derartigem Charakter ist jedoch kein Pachtvertrag oder Vorvertrag für einen Pachtvertrag entsprechend § 566, weshalb ein Formerfordernis für diesen Vorpachtbegründungsvertrag vereint werden muß. Die Betrachtung sei also mit der Feststellung abgeschlossen, daß der Vorpachtbegründundungsvertrag nicht unter den Formzwang des § 566 fällt. Das Ergebnis der Untersuchung stimmt mit der h. M. überein [1], weicht aber bewußt von deren auf verfehlter Grundlage aufgebauten Beweisführung ab.

Weiterhin könnte man zweifeln, ob die Erklärung, durch welche die Vorpacht ausgeübt wird, nach § 566 einer Form bedarf. Wenn auch in der genannten Gesetzesbestimmung das Formerfordernis an einen Pacht- (Miet-) Vertrag geknüpft ist, so liegt eine solche Frage doch nicht ganz abseits, denn das konstitutive Element dieser Erklärung ist eben die Macht, ein Vertragsverhältnis zu schaffen, das sobald von dem Berechtigten der Ausübungswille erklärt ist — besteht. Aber auch hier ist durch den Schluß a maiore ad minus wie bei dem Begründungsvertrag ein Formzwang entsprechend § 566 zu verneinen.

[1] Vgl. Oertmann II zu § 535 Note 8? S. 740; Mittelstein § 20 S. 116.
a. A. Bruck a. a. O.

VI.

Ist nun durch einen Vertrag oder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft eine Vorpacht geschaffen worden, so fragt es sich, ob vor der Ausübung des Vorpachtrechts allein zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen aus dem Begründungsgeschäft entstanden sind. Wie wir gesehen haben, erzeugt der Vorpachtrechtsbegründungsvertrag ein Gestaltungsrecht, das zum rechtlichen Leben allerdings erst dann reift, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Pachtvertrag abschließt. Hieraus ergibt sich, daß vor Eintritt des genannten Umstands Rechtsfolgen aus dem Bestellungsvertrag nicht entstehen. Erst mit Abschluß des Pachtvertrages stehen sich die Parteien als Gestaltungsberechtigte bezw. Gestaltungsverpflichtete gegenüber. Diese Rechtsbeziehungen erschöpfen sich für den Berechtigten in der Möglichkeit, Ansprüche und Verpflichtungen zu begründen und für den Verpflichteten auf die Pflicht, die Ausübungserklärung nach Anzeige des Vertragsabschlusses mit dem Drittpächter entgegenzunehmen. Dem Drittpächter und dem Verpflichteten steht es somit noch frei, die ursprünglichen Pachtbedingungen zu ändern und Zusätze zu vereinbaren [1]. Das auf Grund eines Vermächtnisses geschaffene Vorpachtrecht ist kraft gesetzlicher Regelung kein Gestaltungsrecht, da es erst mit dem Tode des Bestellers als Anspruch gegen den Erben entsteht. Dieses frei veräußerliche und vererbliche bedingte Recht bringt den Verpflichteten dem Berechtigten gegenüber in schuldrechtliche Abhängigkeit mit der Folge, daß er von diesem für eine während der Schwebe der Bedingungen schuldhaft verursachte Vereitelung oder Beeinträchtigung seines Rechts (u. U.) schadensersatzpflichtig gemacht werden kann [2], daß jede anderweitige Verfügung über den Pachtgegenstand relativ unwirksam ist [3] und daß der wider Treu und Glauben verhinderte bezw. herbeigeführte Bedingungsfall fingiert wird [4]. Da das Vorpachtrecht aus einem Vertrage ein Gestaltungsrecht und das Vorpachtrecht aus einem einseitigen Rechtsgeschäft (wie Vermächtnis oder Auslobung) ein Anwartschaftsrecht ist, ersteres also die Kraft hat, Ansprüche zu begründen, und letzteres sich als ein unfertiger Anspruch darstellt, der erst durch den Eintritt der Bedingungen zu einem fertigen wird, besitzt es nach Abschluß des Pachtvertrages mit dem Drittpächter lediglich eine rechtlich so geringe Kraft, daß es bestenfalls in der Lage ist, inter partes gewisse rechtliche Folgen zu äußern. Daran ändert auch die Tatsache, daß entsprechend § 571 das Pachtgrundstück an einen Dritterwerber veräußert wird, nichts, da die Voraussetzungen der §§ 571 I, 578 bei der bloßen Einräumung eines

[1] Vgl. auch RG 118 S. 5 ff; 109 S. 162.
[2] § 160 I.
[3] § 161 I, III.
[4] § 162.

Vorpachtrechts in keiner Weise gewahrt sind [1]). Selbst wenn der Dritterwerber das Vorpachtrecht vor dem Erwerb des Pachtgegenstandes kannte, kann ihm dies grundsätzlich nicht auf Grund der Vorschrift des § 571 entgegengehalten werden [2]). Die Auffassung des Kammergerichts [3]), wonach ein Vormietrecht gegen den Dritterwerber wirkte, erklärt sich aus der besonderen Lagerung des Falles, demzufolge angenommen werden konnte, daß das vereinbarte Vormietrecht bezüglich eines dritten Stocks als Bestandteil eines Mietvertrages bezüglich eines überlassenen zweiten Stockwerks zu gelten habe und als solches dem Dritterwerber entgegengehalten werden könne. Wenn diese Entscheidung sich auch grundsätzlich gegen die hier vertretene Ansicht nicht wendet, so erscheint sie uns doch sehr weitgehend, weil § 571 als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Verfügungsfreiheit des Eigentümers eher enger als weiter zu interpretieren ist [4]).

VII.

Die Ausübung des Vorpachtrechts ist abhängig von dessen rechtlichem Bestand. Voraussetzung der Ausübung des Vorpachtrechts ist also neben dem Abschluß des Begründungsgeschäfts das Zustandekommen des Pachtvertrages über den Vorpachtgegenstand zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter. Dieser Vertrag muß vorher wirklich und rechtsbeständig abgeschlossen sein, woraus sich ergibt, daß bloße Vorverhandlungen zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten, auch wenn sie in der ernsten Absicht geführt wurden, zum endgültigen Vertragsschluß zu gelangen, nicht ausreichen können, die Rechtsfolgen des Vorpachtrechts auszulösen [5]). Aus der Voraussetzung des festen Vertragsabschlusses folgt, daß alle Momente, die der Wirksamkeit des Pachtvertrages entgegenstehen, sich in gleicher Weise gegen den Bestand des Vorpachtrechts auswirken: Liegt ein Grund vor, den Vertrag anzufechten oder für nichtig zu erklären, so äußert sich dies in entsprechender Weise bei der Ausübung des Vorpachtrechts: haben der Verpflichtete und der Dritte nur zum Schein kontrahiert, so wird das Vorpachtrecht hierdurch nicht zur Entstehung gebracht. War dieser Vertrag aber fest abgeschlossen, so kann der Berechtigte sein Vorpachtrecht auch dann ausüben, wenn der Verpflichtete und der Drittpächter ihren Pachtvertrag durch Vereinbarung

[1]) Vgl. Mittelstein in Seuff. Bl. f. RA. Bd. 72 S. 145.

[2]) für evtl. Ansprüche aus § 826 gegen den Erwerber gelten andere Voraussetzungen: vgl. hierzu RG Bd. 62 S. 138; auch Staudinger zu § 504 Note 6 S. 277.

[3]) KG in Rspr. der OLG Bd. 13 S. 379 ff.

[4]) des weiteren gilt die Erörterung grundsätzlich — wenn nichts anderes gesagt wird — dem durch Vertrag bestellten Vorpachtrecht.

[5]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 38/39; Staudinger II. 2 zu § 504. 2 S. 275; Sörgel zu § 504 Note 1 S. 828; Recht 1927 Nr. 2205; Löwenwarter zu § 504 S. 107.

wieder rückgängig machen [1]). Ein bedingt abgeschlossener Pachtvertrag ist gleichwohl imstande, das Vorpachtrecht mit gestaltender Kraft zu versehen, denn er stellt rechtlich einen fest abgeschlossenen Vertrag dar. Die gesetzte Bedingung ist ein Teil der vertraglichen Bestimmung des rechtsgültig zustandegekommenen Vertrages. Der Vorpachtberechtigte muß allerdings, wenn er in eine bedingte Pacht eintritt, auf sich nehmen, daß möglicherweise die Bedingung gegen ihn ausfällt, oder er muß, falls der Eintritt der Bedingung von ihm herbeigeführt werden soll, des Erforderliche dazu leisten, denn wirkt sich die Bedingung gegen ihn aus, so verliert sein Vorpachtrecht die Kraft, rechtliche Folgen zu äußern [2]).

Ferner ist zur Wirksamkeit des Vorpachtrechts streng erforderlich, daß der von dem Verpflichteten und dem Dritten fest abgeschlossene Vertrag rechtlich einen Pachtvertrag darstellt [3]), der dem Drittpächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstands und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit gegen Entgelt gewährt, denn nur ein Pachtvertrag vermag die Rechtsfolgen des Vorpachtrechts auszulösen, während hierzu dem vorgenannten Vertrage im Wesen noch so verwandte Verträge wie Miet-, Leih-, Tausch-, Kauf- und Schenkungsverträge nicht geeignet sind. Hierdurch ist der Verpflichtete jedoch nicht gebunden, über den Vorpachtgegenstand lediglich durch Pachtverträge zu verfügen; vielmehr steht ihm frei, beliebig bezüglich dieses Vorpachtgegenstandes zu kontrahieren und damit gegebenenfalls die Entstehung des Vorpachtrechts zu vereiteln [4]). Verträge des Verpflichteten mit einem Dritten, die lediglich darauf zielen, die Rechtsfolgen einer Vorpacht zu hintertreiben, sind allerdings als illoyal und gegen die guten Sitten verstoßend nichtig [5]). Nach Abschluß des Pachtvertrages mit dem Drittpächter hat der Verpflichtete dessen Inhalt dem Berechtigten mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten kann aber durch die Mitteilung des Drittpächters ersetzt werden [6]). Hieraus ergibt sich, daß sie für die Ausübung des Vorpachtrechts nicht essentielle Voraussetzung ist. Von Bedeutung ist sie für das Vorpachtrecht aber aus dem Umstand, daß sie gewisse (abdingbare) Ausschlußfristen setzt, deren Nichteinhaltung die Unwirksamkeit des Vorpachtrechts nach sich zieht [7]). Insofern ist also die Einhaltung der Ausschlußfrist jeweils eine tatsächliche Voraussetzung der Ausübung des Vorpachtrechts. In diesem

[1]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 276; RG 106, 324; Mot. II S. 346.
[2]) Vgl. RG 98, 49; Soergel a. a. O. Note 2.
[3]) Vgl. RG 88, 364; Bruck a. a. O. Mot. II S. 345; Löwenwarter a. a. O.
[4]) Vgl. Staudinger a. a. O.
[5]) Vgl. RG 88 S. 266, Bd. 62 S. 139.
[6]) Vgl. § 510 I.
[7]) Vgl. § 510 II; Oertmann zu § 510 Note 1 ff. S. 689 ff; a. A. Goldbaum a. a. O.

Zusammenhang ist von Wichtigkeit, wie weit sich die den Beginn der Ausschlußfrist auslösende Mitteilung auf den Vertragsinhalt zu erstrecken hat, d. h. ob erst die vollständige Mitteilung des anderen Pachtvertrages die entsprechende Ausschlußfrist in Lauf setzt. Bei dieser Erörterung ist von dem Sinn und Zweck der Vertragsmitteilung auszugehen. Die Verpflichtung des Verpflichteten zu der Mitteilung des Pachtinhaltes dient dazu, eine tatsächliche Sicherheit für die Ausübung des Vorpachtrechts zu gewährleisten. Sie ist keine Willenserklärung, sondern lediglich eine Anzeige, da ihr ein bestimmter Geschäftswille des Erklärenden fehlt [1]). Um dem Vorpachtberechtigten von dem Inhalt des Pachtvertrages Kenntnis zu geben, hat der Verpflichtete grundsätzlich den ganzen Vertragsinhalt (nicht Vertragsentwurf) kundzugeben [2]). Ob darunter auch die Mitteilung des Namens des Drittpächters fällt, kann zweifelhaft sein. Das Reichsgericht, das Gelegenheit hatte darüber zu entscheiden, hat leider diese Frage offen gelassen [3]). Der verhandelte Fall, in dem eine Brauereigesellschaft bezüglich gewisser Wirtschaftsräume ein Vorpachtrecht besaß, durch das sie gegebenenfalls die Pacht dieser Räume durch die Konkurenzgesellschaft vereiteln wollte, zeigt u. E. klar, daß unter diesen Umständen der Berechtigte von dem Verpflichteten auch mit der Kundgabe des Pachtvertragsinhalts die Nennung des Namens des Drittpächters verlangen kann, und daß bevor der Verpflichtete dieser Pflicht nicht nachkommt, der Lauf der Ausschlußfrist nicht in Gang gesetzt ist, sodaß der Verpflichtete sich vielmehr durch dieses Unterlassen in gleicher Weise schadensersatzpflichtig macht, wie wenn er den Vertragsinhalt überhaupt nicht mitgeteilt hätte. Dieser Schluß läßt sich jedoch nicht auf alle Fälle erweitern, sondern ist jeweils von der besonderen Lagerung des Tatbestandes abhängig. Grunzüglich wird es also genügen, wenn der Verpflichtete den ganzen Pachtvertragsinhalt dem Berechtigten ohne Namensnennung des Drittpächters mitteilt und dadurch den Lauf der Ausschlußfristen auslöst.

VII b.

Die Ausübung des Vorpachtrechts erfolgt durch Erklärung des Berechtigten an den Verpflichteten. Eine dem Drittpächter gegenüber geäußerte Erklärung ist also Analog § 505 Abs. II nicht imstande, die gewünschten Rechtsfolgen herbeizuführen. Rechtlich stellt sich diese Erklärung des Berechtigten als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar, da sie aus der einem Dritten gegenüber zu er-

[1]) Vgl. Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft, VI. Kap. § 96 S. 450.
[2]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 35.
[3]) Vgl. RGE vom 8. 6. 28 (III. 5/28) in „Die Grunestückswarte" 1928 Nr. 35.

klärenden Willensäußerung einer Person besteht, deren sich diese zwecks Kundgebung eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient. Eine Willenserklärung braucht grundsätzlich nicht nur durch ein auf Worten beruhendes Verhalten zu erfolgen, das sich unmittelbar auf die Erklärung dieses Willens richtet. Der Wille kann vielmehr auch sozusagen mittelbar erklärt werden durch Worte oder Handlungen, die zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus denen sich aber doch auf den Geschäftswillen schließen läßt, also durch ein sog. schlüssiges oder konkludentes Verhalten [1]. Es kann daher zweifelhaft sein, ob das Vorpachtrecht ebenfalls durch konkludentes Verhalten ausübbar ist. Ein solcher Fall des sog. schlüssigen Verhaltens seitens des Berechtigten könnte z. B. in der einfachen Einnahme des Besitzes eines Pachtgrundstückes nach Mitteilung des Pachtvertragsinhalts durch den Verpflichteten gesehen werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die schlüssigen Handlungen des Berechtigten sowohl gegenüber dem verpflichteten Erklärungsgegner, wie allgemein gegenüber allen Dritten möglich sind [2]. Fraglich ist, ob ein derartiges konkludentes Verhalten des Berechtigten ausreichen kann, die Rechtsfolgen des Vorpachtrechts auszulösen. Äußert der Berechtigte seinen Willen, in den Pachtvertrag einzutreten konkludent dem Verpflichteten gegenüber, so ist auf Grund des Vorhandenseins der erforderlichen Bestimmtheit [3] und der Erfüllung des Erfordernisses der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung gegen die Zulässigkeit der Erklärungsart, das Vorpachtrecht wirksam zu betätigen, nichts einzuwenden. An den Erfordernissen des Empfangs und der Bestimmtheit der Ausübungserklärung fehlt es aber bei der Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten Dritten gegenüber. Eine solche ist also nicht geeignet, die Folgen des Vorpachtrechts auszulösen. Schwierig dürfte sein, im Einzelfalle die Grenze zwischen der schlüssigen Willenserklärung dem Verpflichteten gegenüber und einer solchen Dritten gegenüber zu finden, da diese überaus flüssig ist, denn wann im Einzelfalle das erforderliche Maß der Bestimmtheit und der Empfangsbedürftigkeit durch die konkludente Willensäußerung erfüllt wird, läßt sich nicht festlegen, sondern ist Tatfrage.

VIII.

Durch die Ausübung des Vorpachtrechts kommt zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten die Pacht zustande. Unmittelbare Rechtsfolge der Vorpachtrechtsausübung ist also die Entstehung eines Rechtsverhältnisses. Während der Inhalt dieses Rechtsverhältnisses

[1]) Vgl. Enneccerus, Allgm. Teil, § 144 II; Mot. I § 72 S. 153.

[2]) Hieraus ergibt sich auch das Erfordernis der unbedingten Ausübung des Vorpachtrechts. Vgl. Staudinger zu § 497 Note 5 c S. 266.

[3]) Vgl. hierzu Manigk in Studien zur Erläuterung d. bürg. R. Heft 5: das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 61 ff.

sich nach dem des zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter abgeschlossenen Pachtvertrages richtet und die durch es begründeten Rechte und Pflichte somit klar sind, bleibt es zweifelhaft, ob auch der Charakter der „Pacht" dem des Pachtvertrages entspricht, d. h. ob sie sich rechtlich als Vertrag darstellt oder nicht. Wiederum gilt es von der eigenartigen Rechtsfolge des Vorpachtrechts auszugehen. Ein Rückblick auf die oben entwickelten Theorien über Wesen und Wirkung des Vorpachtrechts zeigt uns, daß sie fast sämtliche diese rechtsbegründenden Folgen in dem Zustandekommen eines Pachtvertrages zu erklären suchen. So nimmt nach der Offertentheorie der Berechtigte durch die Ausübungserklärung dem Verpflichteten gegenüber eine in dem Vorpachtbegründungsvertrag liegende Offerte auf Abschluß des Pachtvertrages an, nach der Theorie des doppelt bedingten Vertrages wird die letzte noch schwebende Bedingung durch die Ausübungserklärung erfüllt, wodurch der bedingte Pachtvertrag zu einem unbedingten und voll wirksamen wird, und nach Dernburgs Vorvertragstheorie schließlich wird die Annahme einer in der Ausübungserklärung liegenden Pachtvertragsofferte einfach fingiert. Zu den Mängeln dieser Lehrmeinungen ist bereits Stellung genommen, so daß hier lediglich noch von der zutreffenden Gestaltungsrechtstheorie die Rede zu sein braucht. Nach dieser schafft das Vorpachtrecht als Gestaltungsrecht durch die Ausübung Ansprüche und Verpflichtungen. Da ein Vertrag jedoch nur durch die Uebereinstimmung zweier (oder mehrerer) auf einen rechtlichen Erfolg gerichteter Willenserklärungen zustande kommen kann, ist durch die einseitige Ausübung des Vorpachtgestaltungsrechts das Zustandekommen eines Vertrages nicht denkbar; vielmehr hat die Ausübung dieses Gestaltungsrechts für den Berechtigten und Verpflichteten Ansprüche und Verpflichtungen begründet, wie wenn tatsächlich ein Pachtvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen wäre. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten nach Ausübung des Vorpachtrechts ist also lediglich ein Pachtvertrag in seinen Folgen, nicht aber in der Form, oder nicht ein Pachtvertrag, sondern eine Pachtobligation [1]. Dieses Pachtverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unterliegt grundsätzlich den gleichen Bedingungen wie der mit dem Drittpächter geschlossene Pachtvertrag. Ist aber zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter ein schriftlicher Pachtvertrag geschlossen worden, so braucht der Berechtigte regelmäßig nur die in dem schriftlichen Vertrag enthaltenen Bedingungen gegen sich gelten zu lassen [2].

[1] Vgl. Oertmann zu § 505 Note 2 S. 685; s. auch S. 493; Lewandowski a. a. O. S. 590; a. A. h. M. vgl. Warn. 1 zu § 535 I S. 876; Löwenwarter zu § 505 S. 109; RG Bd. 109 S. 162; 118 S. 7; 121 S. 130 u. a.

[2] Vgl. RG in Recht 1924 Nr. 951 S. 318.

VIII c.

Auf den Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Drittpächter wirkt die Ausübung des Vorpachtrechts mangels besonderer Abmachungen in keiner Weise ein [1]), sondern der letztere hat lediglich — wie schon oben gesagt — u. U. allgemein schuldrechtliche Ansprüche (§§ 325 ff) gegen den Verpflichteten bei Ausübung des Vorpachtrechts; mit dem Berechtigten steht er rechtlich in keinerlei Beziehungen.

IX.

Aus der Tatsache, daß der Berechtigte durch die Ausübung des Vorpachtrechts dem Verpflichteten gegenüber dessen Pachtvertrag mit dem Drittpächter hinsichtlich aller Rechtsfolgen übernommen hat, ergibt sich, daß er nicht nur für die Erfüllung der Haupt- sondern auch für die der Nebenleistungen einzustehen hat. Zur Regelung des Vorkaufsrechts bestimmt das Gesetz, daß der Berechtigte, wenn er nicht imstande ist diese Nebenleistungen zu bewirken, statt ihrer deren Wert in Gold zu entrichten hat [2]) und daß die Ausübung des Vorkaufrechts ausgeschlossen ist, wenn die Nebenleistungen nicht in Geld schätzbar sind. Diese Vorschrift paßt auf das Recht der Vorpacht nicht unmittelbar, da sie auf den Kauf, dessen Hauptleistung in Geld — also stets vertretbar — zu erbringen ist, zugeschnitten wurde. Bei ihrer Anwendung auf das Pachtrecht, bei dem der Gegenwert durch jede Art der Leistung erbracht werden darf, ist vorsichtige Prüfung am Platze, ob das Engelt jeweils in Haupt- und Nebenleistungen geschieden werden kann und ob die nicht erbringbare Leistung sich als eine Nebenleistung darstellt [3]), da die Unmöglicheit der Hauptleistung durch den Berechtigten regelmäßig als subjektives Unvermögen [4]) auf das Pachtverhältnis zu dem Verpflichteten keinen Einfluß analog § 306 hat, sondern lediglich eine Haftpflicht des Berechtigten für das Erfüllungsinteresse des Verpflichteten begründet, während die Nichterfüllung der Nebenleistung die Ausübung des Vorpachtrechts und somit die Begründung dieses Pachtverhältnisses überhaupt ausschließt [5]). Grundregeln dafür, wann im einzelnen Leistungen als Neben- oder Hauptleistungen zu werten sind, lassen sich nicht aufstellen, sondern es muß der Charakter einer Leistung jeweils aus der besonderen Lagerung des Einzelfalles entnommen werden; als Nebenleistung aufzufassen ist aber regelmäßig

[1]) Vgl. Oertmann, zu § 505 N. 4 S. 686; Löwenwarter zu § 507 S 108; Soergel zu § 505 N. 3; S. 829; Staudinger zu § 504 N. 6 S. 74; RG Bd. 121 S. 138.
[2]) Vgl. § 507.
[3]) Vgl. RG Bd. 125 S. 123 ff; Bd. 121 S. 139.
[4]) Vgl. Warn. I zu § 360 I S. 534; Löwenwarter II zu § 307 S. 127.
[5]) Diese wenig erfreuliche Konsequenz wird in der Literatur nicht erwähnt.

die von dem Berechtigten im Vorpachtbegründungsvertrag u. a. übernommene Verpflichtung, den Verpflichteten in seinen alten Tagen zu pflegen. Ist diese Nebenleistung in Geld schätzbar, d. h. läßt sie sich durch dritte Personen erbringen, so wird das Vorpachtrecht des Berechtigten hierdurch nicht berührt; kann aber eine dritte Person diese Nebenleistung nicht oder nicht in der Art bewirken, z. B. deshalb, weil der Drittpächter als Verwandter des Verpflichteten diesem Verwandtenpflege angedeihen lassen soll oder als Arzt ihn ärztlich behandeln soll, so ist die in Ausübung des Vorpachtrechts durch den Berechtigten, der weder mit dem Verpflichteten verwandt noch Arzt ist, unmöglich [1]).

IX b.

Schließt der Pachtvertrag mit dem Drittpächter neben dem Vorpachtgegenstand noch andere von der Vorpacht nicht berührte Gegenstände ein, so ergibt sich daraus der Tatbestand der sog. Mengepacht. Nach den gesetzlichen Vorschriften über den entsprechenden Fall beim Vorkaufsrecht [2]) hat der Berechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises bei Ausübung des Vorkaufrechts zu entrichten, wenn die Vorkaufssache ohne Nachteil für den Verpflichteten aus der Menge der verkauften Sachen getrennt werden kann; ist dies aber nicht möglich, so kann der Verpflichtete die Erstreckung des Vorkaufs auf alle Sachen verlangen oder der Berechtigte von dem bereits ausgeübten Vorkaufsrecht wieder zurücktreten [3]). Die analoge Anwendbarkeit des § 508 auf unsere Mengepacht begegnet keinem Bedenken [4]). Fraglich ist für uns lediglich, wann die verpachteten Gegenstände ohne Schaden für den Verpflichteten voneinander getrennt werden können oder nicht. Auch hier lassen sich Grundregeln nicht aufstellen; aber das darf mit allgemeiner Wirkung gesagt sein, daß für die Verneinung der schadenslosen Trennungsmöglichkeit eine wirtschaftliche Einheit der Pachtvertragsgegenstände nicht erforderlich ist [5]), sondern daß es im Einzelfall lediglich darauf ankommt, daß der Verpflichte durch eine Trennung keinen Schaden erleidet, sei es, z. B. daß das verpachtete Landgut im ganzen eher einen Pächter oder einen höheren Pachtzins erzielt, als wenn das der Vorpacht unterliegende Grundstück (Brunnen etc.) vorher ausgeschieden wäre. Es muß also grundzüglich ebenfalls der Entscheidung des Einzelfalls überlassen bleiben festzustellen, wann bei der Mengepacht der Vorpachtgegenstand von den verpachteten Gegenständen gegen Zahlung eines verhältnismäßigen Entgelts vom Gesamtpachtzins ohne Schaden für den Verpflichteten getrennt werden kann.

[1]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 40; RG Bd. 125 S. 123; Soergel zu § 507 S. 830.
[2]) § 508.
[3]) Vgl. Warn. 1 zu § 508 S. 837; Enneccerus § 340 III Note 2 S. 368.
[4]) Vgl. Warn. a. a. O. RG 123, 269; Bruck a. a. O. S. 40.
[5]) Vgl. RG 97, S. 284; Soergel zu § 508 Note 1 und 2 S. 830.

c.

Hat der Verpflichtete dem Drittpächter den Pachtzins gestundet, so ist schon aus den unser Schuldrecht durchziehenden Grundsätzen von Treu und Glauben zu folgern, daß diese Bevorzugung der Person des Drittpächters sich nicht ipso iure auf die Person des Berechtigten übertragen kann. Man bedenke hierbei nur den Fall, daß der Drittpächter finanziell das größte Vertrauen genießt, während der Berechtigte im Geschäftsleben als unsicherer Zahler bekannt ist. So bestimmt denn auch [1]) für das Vorkaufsrecht das Gesetz, daß der Berechtigte die dem Drittkäufer gewährte Stundung nur in Anspruch nehmen kann, wenn er für den Kaufpreis seinerseits Sicherheit leistet. Wenn auch durch die Erfüllung des Pachtvertrages die Pachtsache als solche im Gegensatz zum Kaufrecht regelmäßig dem Eigentümer nicht verloren geht, so muß der Verpflichtete dem Vorpachtberechtigten gegenüber bei Stundung des Pachtzinses für den Drittpächter — zumal bei beweglichen Pachtsachen und -rechten — dennoch in gleicher Weise gesichert werden wie der Vorkaufverpflichtete dem Vorkaufberechtigten gegenüber. Die besondere Sicherung des Verpflichteten bei Ausübung des Vorpachtrechts bezüglich Grundstücken könnte man im Hinblick auf das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters nach § 559 für überflüssig halten. Häufig wird aber der Fall gegeben sein, daß der Pächter hauptsächlich fremde, ihm nicht gehörige Sachen einbringt, an denen ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb nicht stattfinden kann [2]), oder die eigenen dem Berechtigten gehörenden Sachen derart geringwertig sind, daß eine Vollstreckung in sie nicht lohnt. Unter solchen Umständen wäre dann der Verpflichtete ohne Sicherung für den geschuldeten Pachtzins. Mit Rücksicht hierauf muß man grundsätzlich — entsprechend der Vorschrift des Vorkaufrechts — auch bei der Vorpacht über Grundstücke — Sicherung des Verpflichteten verlangen, wenn der Berechtigte die Stundung des Pachtzinses aus dem Inhalt des Pachtvertrages mit dem Drittpächter übernimmt. Die Regelung des § 509 I gilt daher entsprechend auch für das Recht der Vorpacht. Aus dem angedeuteten Unterschied zwischen Kauf und Pacht ergibt sich die Unmöglichkeit der Sicherung des Verpflichteten durch Eintragung einer Hypothek etc. an dem Pachtgrundstück und deshalb die Nichtanwendbarkeit des § 509 Abs. II auf unseren Tatbestand. Die Bestimmung der Art der Sicherung bleibt dem Verpflichteten regelmäßig überlassen; sie regelt sich mangels einschlägiger Parteivereinbarung nach den §§ 232 ff.

[1]) § 509.
[2]) Enneccerus I, 2 § 353 I Note 1.

d.

Wie wir sehen, sind die Bedingungen die einer Person infolge gewisser persönlicher Beziehungen gewährt werden, von den allgemeinen unter den gegebenen Umständen jedermann gewährten zu trennen. So soll ein fremder Vorpachtberechtigter grundsätzlich nicht den Gegenstand zu den gleichen (günstigen) Bedingungen wie ein Drittpächter erlangen, der mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht den Pachtgegenstand schon jetzt erhält. Das Vorpachtrecht erstreckt sich deshalb im Zweifel nicht auf einen Pachtvertrag, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt [1]).

e.

Ebenso vermag ein Pachtvertrag mit einem Drittpächter das Vorpachtrecht des Berechtigten nicht auszulösen, nämlich wenn dieser Pachtvertrag im Wege der Zwangsvollstreckung in das Vorpachtgrundstück von dem Zwangsverwalter entsprechend § 152 ZVG abgeschlossen wird [2]). Der Grund einer solchen Bestimmung ist darin zu suchen, daß der Verpflichtete — sonst Herr über den Vorpachtgegenstand — hier das Entstehen des Vorpachtrechts nicht maßgeblich beeinflussen kann und daß es ferner dem Verwalter unter diesen Umständen überlassen bleiben muß, nach für die Gläubiger in Frage kommenden Gesichtspunkten einen Pachtvertrag mit dritten Personen abzuschließen, ohne an einen Vorpachtberechtigten gebunden zu sein, der den Gläubigerinteressen vielleicht feindlich gegenübersteht.

Durch das Nichtauslösen des Vorpachtrechts in den beiden zuletzt betrachteten Fällen trotz des Abschlusses eines wirksamen Pachtvertrages mit einem Drittpächter wird ein Schadensersatzanspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten nicht begründet: die Rechtslage zwischen den Parteien ist vielmehr so, als ob der Auslösungsvertrag mit dem Dritten überhaupt nicht zustande gekommen wäre.

X a und b.

Die Erlöschensgründe des Vorpachtrechts sind mannigfache. Sie lassen sich am deutlichsten darlegen, wenn man von dem Wesen des Vorpachtrechts selbst ausgeht: das Vorpachtrecht ist ein Gestaltungsrecht. Hieraus folgt, daß es nach den Grundsätzen erlischt, die für das Erlöschen der Gestaltungsrechte maßgeblich sind [3]). Das Gestaltungsrecht ist ein konsumptives Recht: sein bestimmungsgemäßer

[1]) § 511.
[2]) Vgl. § 512, Jaeckel-Güthe: Komm. d. ZVG zu § 152 Note 4 S. 673.
[3]) Vgl. Seckel a. a. O. S. 229 ff.

Gebrauch besteht also im Verbrauch. Das Vorpachtrecht erlischt daher grundsätzlich durch das Ausübungsgeschäft. Einen weiteren Erlöschensgrund stellt der Verzicht dar. Hier fragt es sich, ob der Verzicht auf ein Vorpachtrecht durch einseitige Verzichterklärung oder durch einen diesbezüglichen Vertrag zu erfolgen hat. Eine gesetzliche Regelung hat nicht — auch nicht für das Vorkaufrecht — stattgefunden; folglich ist bei der Prüfung dieser Frage von allgemeinen Grundsätzen der Rschtslehre auszugehen. So läßt sich grundsätzlich sagen, daß eine wirksame einseitige Verzichtserklärung nur zugelassen ist, wo sie nach Gesetz oder Analogie erlaubt wird, während regelmäßig zur Wirksamkeit des Verzichts ein Verzichtsvertrag erforderlich ist. Da für die Art des Verzichts auf das Vorpachtgestaltungsrecht Gesetz wie Analogie schweigen, erfolgt er mit entsprechenden Rechtsfolgen lediglich durch den Verzichtsvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten gemäß § 397 [1]). Eine einseitige Erklärung des Verzichts seitens des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber, ohne daß dieser die Erklärung als Verzichtsofferte annimmt, hebt das Vorpachtrecht also an sich nicht auf; eine Verzichtsvereinbarung oder einseitige Erklärung des Berechtigten dem Dritten gegenüber hat daher nur Bedeutung im Verhältnis dieser beiden Personen zueinander und wirkt auf den Bestand des Vorpachtrechts als solchem nicht ein.

c.

Das Vorpachtrecht erlischt ferner durch den Ablauf der gewillkürten Auslösungsfrist, innerhalb deren es zur Entstehung gelangt wäre, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Pachtvertrag abgeschlossen hätte. Im allgemeinen pflegt das Vorpachtrecht lediglich für den nächsten Pachtvertragsabschluß bestellt zu werden; nicht ungewöhnlich ist aber der Fall, daß sich der Berechtigte ausbedingt, z. B. innerhalb der nächsten fünf Jahre in einen der über den Vorpachtgegenstand abgeschlossenen Pachtverträge einzutreten. Ist diese Frist verstrichen, ohne daß der Verpflichtete über den Vorpachtgegenstand einen Pachtvertrag geschlossen oder daß der Berechtigte sein Vorpachtrecht ausgeübt hat, so ist damit das Vorpachtrecht erloschen.

d.

Eine ähnliche Rechtsfolge mag dadurch als eingetreten angenommen werden, daß man die Wirksamkeit eines Vorpachtrechts verneint, weil das Vorpachtrechtsbegründungsgeschäft von der Zeit des Auslösungsvertragsabschlusses mit dem Drittpächter aus gesehen, überaus lange zurückliegen. Man stelle sich hier den Tatbestand vor, dass

[1]) Vgl. Warn. I zu § 505 S. 836; JW 1912 Nr. 14 S. 858.

ein Vorpachtrecht für die nächste Verpachtung bezüglich eines Vorpachtgegenstandes z. B. im Jahre 1900 begründet wurde und heute ausgeübt werden soll, da der Verpflichtete oder dessen Erbe erst kürzlich über den Vorpachtgegenstand einen Pachtvertrag mit einem Drittpächter geschlossen hat. Weil das Vorpachtrecht erst durch den Pachtvertragsabschluß mit dem Drittpächter entsteht und ein der Verjährung unterliegendes Recht — abgesehen davon, daß auch das alsdann zur Entstehung gebrachte Gestaltungsrecht den für Ansprüche gesetzten Verjährungsvorschriften nicht unterliegt, also bis dahin garnicht vorhanden ist, wäre es verfehlt, bei der vorliegenden Rechtslage eine Verjährung — auch nur analog — u. U. für möglich zu halten. Diesem unbefriedigenden Ergebnis ist aber u. E. aus ähnlichen Gesichtspunkten heraus zu begegnen, wie sie für die freie Aufwertung von Ansprüchen, die durch Zahlung mit entwertetem Geld getilgt wurden, maßgebend geworden sind. Dort kann auch auf diesbezügliche Einrede des Verpflichteten das Recht des Berechtigten, daß durch die Rechtsordnung gegeben scheint, nicht mehr ausgeübt werden, wenn im Hinblick auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Verpflichtete eine solche Rechtsausübung infolge der Länge der inzwischen verstrichenen Zeit nicht mehr zu erwarten braucht (sog. Verwirkung[1]). In unserem Fall liegt der Tatbestand — mutatis mutandis — recht ähnlich. Auch hier scheint die Ausübung des Vorpachtrechts rechtlich gegeben und die überaus lange Bindung des Verpflichteten grundsätzlich unerwünscht. Da die Ausübung des Vorpachtrechts vertragsähnliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien schafft, liegt kein Grund dagegen vor, den § 242 analog auf das Pachtrechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten in gleicher Weise anzuwenden. Wir kämen also zu der Rechtsfolge, daß das Vorpachtrecht unter den genannten Umständen zwar nicht erloschen ist, aber im Hinblick auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte durch eine sog. Verschweigung auf die entsprechende Einwendung des Verpflichteten seine Wirksamkeit verloren hat und nicht mehr ausgeübt werden kann. Inwieweit dies im einzelnen der Fall ist, muß wiederum nach der Lagerung des jeweiligen Tatbestands entschieden werden, da sich auch hier ein Grundsatz nicht aufstellen läßt.

c.

Das Vorpachtrecht ist als Gestaltungsrecht ein Zweckrecht, woraus folgt, daß es mit der Erreichung des Zwecks durch den Berechtigten erlischt. Dieser concursus duarum causarum liegt z. B. dann vor, wenn der Berechtigte nach Abschluß des auslösenden Pachtvertrages

[1]) Vgl. Komm. d. RGR II zu § 242 Note 4 S. 364.

vor Ausübung des Vorpachtrechts den Drittpächter beerbt, was im Rechtsleben wohl nicht häufig eintreten dürfte. Ähnlich liegt der Fall, wenn das Vorpachtrecht auf den Verpflichteten oder die Vorpachtverpflichtung auf den Berechtigten durch ein äußeres Ereignis übergeht, wie es durch Erbgang, letztwillige Verfügung, Auslobung etc. möglich sein kann. Diese Konfusion zieht ebenfalls den Untergang des Vorpachtrechts nach sich, da der Berechtigte ihn weder gegen sich noch, der Verpflichtete für sich entsprechen kann. Auch der Tod des Berechtigten läßt das höchstpersönliche Vorpachtgestaltungsrecht erlöschen, während seinem Bestand das Ableben des Verpflichteten oder des Drittpächters nichts anhaben kann. — Und schließlich löscht der Untergang des Vorpachtgegenstands das Vorpachtrecht aus, da der Abschluß eines auslösenden Pachtvertrages mit einem Drittpächter nicht mehr stattfindet, bezw. wenn er stattfindet, gemäß § 306 nichtig ist. Setzt man den Fall, daß der Vorpachtgegenstand nach Abschluß des Pachtvertrages mit dem Drittpächter und vor Ausübung des Vorpachtrechts untergeht, so ist auch hier das Vorpachtrecht wirkungslos geworden, da die „Pacht" erst mit der Ausübung des Vorpachtrechts zustande kommt und dieses vertragsähnliche Rechtsverhältnis somit erst nach Untergang des Vorpachtgegenstandes zur Entstehung gelangte, was seine Nichtigkeit entsprechend § 306 zur Folge hat.

XI a.

Wie wir eingangs gesehen haben, sind in der Rechtspraxis neben dem erörterten eigentlichen Vorpachtrecht unter dem gleichen Namen Abreden gebräuchlich, die durchaus anders zu werten sind. Diese Rechte, die man im Gegensatz zu dem ersteren uneigentliche Vorpachtrechte nennen kann und die man besser als Pachtvorrechte bezeichnet, gilt es, nun in ihren Typen zu erfassen. Rückblickend auf die Einleitung beginnen wir mit dem Recht, das mit dem Vorpachtrecht die meiste Ähnlichkeit zeigt und das den Inhalt hat, den zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrag bei seiner Beendigung durch die einseitige Erklärung des Berechtigten zu verlängern. Dieses Optionsrecht unterscheidet sich von dem Vorpachtrecht grundzüglich durch, daß es zu seiner Auslösung nicht des Abschlusses eines Pachtvertrages mit dem Drittpächter bedarf, was, wie wir wissen, eine wesentliche Voraussetzung des Vorpachtrechts darstellt, sondern schon mit Beendigung des Pachtvertrages zur Entstehung gelangt. Unverkennbar hat die einseitige Optionserklärung als solche die gleiche rechtliche Art und Wirkung, wie sie das Vorpachtrecht auszeichnet, denn beide schaffen sie rechtsgestaltend ein Rechtsverhältnis mit Ansprüchen und Verpflichtungen, und beide sind sie unveräußerliche, unvererbliche, kurz höchstpersönliche Rechte. Das Optionsrecht ist daher ebenso wie das Vorpacht unter die Gruppe der Gestaltungs-

rechte einzureihen [1]). Der Optionsbestellungsvertrag ist also geschlossen zur Begründung eines Gestaltungsrechts und unterliegt als solcher ebenso wie der Vorpachtbestellungsvertrag nicht der Formvorschrift des § 566 [2]).

Aus dem Sinn des Begründungsvertrages ergibt sich, daß das Optionsrecht naturgemäß nur während, nicht aber nach der Kündigungsfrist des Pachtvertrages von dem berechtigten Pächter dem verpflichteten Verpächter gegenüber ausgeübt werden kann, und daß also eine nach völligem Ablauf der Kündigungsfrist und nach Beendigung des Pachtvertrages erklärte Option rechtlich bedeutungs- und wirkungslos sein muß [3]). Schließt der Verpflichtete trotz Ausübung der Option mit einem Drittpächter ab, so ist der Optionsberechtigte besser gestellt als der Vorpachtberechtigte, da er sich im Gegensatz zu diesem in dem Besitz des Pachtgegenstandes schon vor der Rechtsausübung befindet und dadurch die optionswidrige Übertragung des Pachtgegenstandes an den Drittpächter vereiteln kann. Wie beim Vorpachtrecht taucht bei dem Optionsrecht die Frage auf, ob zu den Rechten und Pflichten, in die der Erwerber eines verpachteten Grundstücks gemäß § 571 eintritt, auch diejenigen gehören, die sich aus einem dem Mieter gewährten Recht auf Verlängerung des Pachtvertrages ergeben. Bei dem Vorpachtrecht ließ sich hierauf antworten, daß eine Wirkung gegenüber einem Dritterwerber schon deshalb ausgeschlossen war, weil der Berechtigte den nach § 571 vorausgesetzten Besitz an dem Pachtgrundstück nicht hatte. Das Optionsrecht ist aber demgegenüber grundsätzlich davon abhängig, daß der Berechtigte die Pachtsache schon inne hat als Pächter, da er eben kraft seiner Rechtsstellung berechtigt wurde, durch einseitige Erklärung das Pachtverhältnis zu verlängern. Eine Verkennung der Tatsachen würde es bedeuten, wenn man sagte, der Berechtigte habe aber zur Zeit des Erwerbs das Grundstück auf Grund des dem Dritterwerber gegenüber wirksamen Pachtvertrag im Besitz gehabt, diese Tatsache habe mit der Bestellung eines Optionsrechts garnichts zu tun, und deshalb könne dieses Optionsrecht dem Dritterwerber nicht entgegengesetzt werden, denn tatsächlich kommt es nur auf die einmal erfolgte Überlassung der Pachtsache an den Berechtigten an. Die optionsrechtliche Bindung des Optionsverpflichteten geht daher als wesentliche Rechtsfolge des Pachtvertrages gemäß § 571 auf den Erwerber des Grundstücks über [4]). Sonderfälle dieses Optionsrechts bestimmen sich im übrigen regelmäßig nach den Grundsätzen, die für das Recht der Vorpacht maßgeblich sind.

[1]) s. Seckel S. 219 o. a. A. Warn. I zu § 353 S. 877; Löwenwarter, Lehrkomm. III zu § 535 S. 1313. — [2]) Vgl. auch u. a. Enneccerus, I. 2 II S. 376; Oertmann, Vorbem. zu § 535 N. 87 S. 740 zu § 581 Note 6 S. 850. Warn. I zu § 566 I Note 6; RG 86 S. 32; Mittelstein § 21, N. 8 S. 128.
[3]) Vgl. RG Bd. 92 S. 418. — [4]) Vgl. RG Bd. 103 S. 349.

b.

Eine weitere Form der uneigentlichen Vorpacht stellt der Vorvertrag zum Abschluß eines Pachtvertrags dar. In ihm haben sich die Parteien bereits über die wesentlichen Pachtvertragsbedingungen geeinigt. Der Abschluß des Erfüllungs- (Pacht-) Vertrages richtet sich lediglich nach dem Eintritt einer Bedingung oder nach dem Ablauf einer Frist. Der Vorvertrag schafft nach Vorliegen dieser Umstände einen klagbaren Anspruch [1]) auf Abschluß eines Erfüllungspachtvertrages über den Pachtgegenstand; er unterliegt, wenn auch Vorverträge grundsätzlich an den Formzwang der Erfüllungsverträge gebunden sind, nicht der Form des § 566 [2]); diese Folgerung ergibt sich aus der von uns beim Vorpachtrecht entwickelten ratio des genannten Paragraphen.

Im übrigen ist dieser Tatbestand vorpachtrechtlich von keinem besonderen Interesse; Zweifelsfragen werden sich bei ihm in der Regel nach allgemeinem Schuldrecht lösen lassen.

c.

Schließlich bleibt noch als bekannte Form eines Pachtvorrechts die Einräumung einer sog. Vorhand zu erörtern. Das Vorhandrecht taucht im Rechtsleben mit verschiedenem Inhalt auf. Hier seien nur seine beiden wichtigsten einschlägigen Arten erwähnt, nämlich daß der verpflichtete Verpächter dem pachtlustigen Berechtigten kraft des Vorhandvertrages die Gebote Dritter an dem Pachtgegenstand Interessierte mitzuteilen und ihn im Falle gleich hoher Gebote vor den anderen Pachtlustigen als Pächter anzunehmen, oder daß der Verpächter dem Pächter den Pachtgegenstand vor Abschluß eines Pachtvertrages mit einem Drittpächter bei ernster Pachtlust zu einem festen Pachtzins anzubieten hat [3]). Der erstgenannte Fall zeigt mit dem Vorpachtrecht manche Ähnlichkeit, unterscheidet sich aber grundsätzlich dadurch von ihm, daß dieses Vorhandsrecht den Abschluß eines Pachtvertrages mit einem Dritten nicht voraussetzt und ein Pachtverhältnis durch bloße einseitige Ausübungserklärung nicht zustande bringt. Es ist ebenfalls ein Gestaltungsrecht, das bei Eintritt der auslösenden Umstände, die sich in der Äußerung der Pachtabsicht des Verpflichteten darstellen, rechtsgestaltend eingreift und einen Anspruch auf Abschluß des Pachtvertrages gegen den Verpflichteten unter Bevorzugung des Berechtigten den Drittpächtern gegenüber begründet. Die Ausübungserklärung des Berechtigten muß also von

---

[1]) §§ 894 ZPO, 194 BGB.

[2]) Warn. I zu § 566 I S. 950; Löwenwarter III zu § 566; RG Bd. 86 S. 30; Bd. 103 S. 384.

[3]) Vgl. Löwenwarter S. 111; Recht 1927 Nr. 2205; Soergel Vorbem. zu § 504 S. 673; Komm. d. RGR II, 5 zu § 504 Note 1 S. 112.

dem Verpflichteten angenommen oder gemäß § 894 ZPO ersetzt werden, damit der Pachtvertrag wirklich zustande kommt. Zweifelsfragen bei diesem Rechtsgebilde werden sich regelmäßig durch analoge Anwendung des Rechts der Vorpacht ausräumen lassen. — Hat der verpflichtete Verpächter dem berechtigten Pachtlustigen bei ernster Pachtabsicht den Pachtgegenstand lediglich zu einem gewissen Pachtzins anzubieten, so ist er seiner Verpflichtung in voller Höhe nachgekommen, wenn er Pachtabsicht und Pachtzinsforderung dem Berechtigten mitgeteilt hat. Nimmt der Berechtigte diese Offerte (§ 545 ff) an, so ist der Pachtvertrag zur Entstehung gelangt; durch ein schuldhaftes Unterlassen [1]) der Anbietung macht sich der Verpflichtete dem Berechtigten für den dadurch entstandenen Schaden grundsätzlich nach allgemeinem Schuldrecht verantwortlich, unbeachtet der Möglichkeit seiner Haftung nach Deliktrecht [2]). Sonderfälle dürften hier in der Anwendung allgemeiner Schuldrechtsregeln ihre rechtliche Erledigung finden.

C.

Hiermit schließt der Kreis der erörterten Fragen. Schon der Titel der Arbeit verrät, daß diese nicht als so umfassend gedacht ist, daß sie zu sämtlichen Zweifelsfällen des vorpachtrechtlichen Verkehrs — soweit dies überhaupt möglich ist — Stellung nimmt. Sie ist vielmehr allein in der Hoffnung geschrieben, daß sie zur Klärung der von der Praxis aufgeworfenen Fragen aus dem Recht der Vorpacht beiträgt.

[1]) Enneccerus § 235 VI S. 36/37.
[2]) Vgl. §§ 280, 826.

Lebenslauf.

Ich bin am 24. April 1905 zu Fraulautern/Saar als Sohn des Apothekers Adolf Best und seiner Ehefrau Paula geb. Kunschert aus Kirchberg (Hunsrück) geboren. Zuerst besuchte ich die Volksschule zu Kirchberg, darauf das damalige Realprogymnasium zu Simmern, das humanistische Gymnasium zu Wiesbaden und das damalige humanistische Gymnasium zu Traben-Trarbach/Mosel, woselbst ich im Frühjahr 1923 die Reifeprüfung ablegte. Im Anschluß hieran studierte ich an der Philippsuniversität Marburg/Lahn vier Semester, an der Universität Köln ein Semester und an der Universität Frankfurt/Main drei Semester die Rechtswissenschaften, worauf ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Frankfurt das Referendarexamen bestand. Derzeitig befinde ich mich zur Ausbildung für das große Staatsexamen in der Anwaltsstation.

Bad Kreuznach, den 2. Juli 1930.

Helmut Best.